

Consideraciones sobre la configuración del derecho a la propia imagen en el ordenamiento español

Autor: Olga de Lamo Merlini

Doctorado – Período de docencia del Doctorado en Derecho civil

Universidad Complutense de Madrid

1º- EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

1.1. Introducción.

1.2. El reconocimiento positivo del derecho a la propia imagen.

2º- EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL:

2.1. Normativa aplicable.

2.2. Caracterización del derecho a la propia imagen.

3º- EL OBJETO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

4º- LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

5º- EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SUS LIMITACIONES:

5.1. La vertiente negativa del derecho a la propia imagen.

5.2. La dimensión positiva del derecho a la propia imagen.

5.3. El consentimiento del titular del derecho a la propia imagen y su revocación.

5.4. La naturaleza jurídica del consentimiento.

5.5. Las limitaciones al derecho a la propia imagen: límites genéricos.

5.6. Las limitaciones al derecho a la propia imagen: límites específicos.

6º- LA PROTECCIÓN POST MORTEM DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

7º- BREVE REFERENCIA A LAS ACCIONES DE DEFENSA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN PREVISTAS EN LA LO 1/1982 Y A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS INTROMISIONES.

1º EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como punto de partida en el estudio de los antecedentes históricos del derecho a la propia imagen es necesario tener en cuenta dos consideraciones previas. En primer lugar, que no es posible afirmar la existencia de un reconocimiento jurídico de lo que hoy son los derechos de la personalidad anterior a la segunda mitad del siglo XIX¹. De esta forma, el análisis planteado se centra en el tratamiento normativo que el derecho a la propia imagen recibe a partir de tal reconocimiento. En segundo término, que entiendo que lo anterior no impide una breve referencia, a modo de introducción, tanto a la configuración que en el Derecho romano pudo tener la protección de la imagen de la persona, cuanto a la posterior evolución político-jurídica que conducirá a su juridificación.

1º. Introducción.

¹ En este sentido, Carlos Rogel Vide, en *“Origen y actualidad de los derechos de la personalidad”*, Estudios de Derecho Civil – Persona y Familia. Editorial Reus, S.A. Madrid, 2008. *“Los derechos de la personalidad, entendidos como verdaderos y propios derechos subjetivos, van viendo la luz a partir de la segunda mitad del siglo XIX, lo cual es lógico, cuando no obligado, dado que la categoría genérica misma de derecho subjetivo –de la cual son especie singular-, surge en el siglo dicho, lo cual no impide –entiéndase bien- que antes fuesen protegidos los bienes que constituyen el objeto de los mismos”*.

Sobre tales presupuestos, en el Derecho romano, y al lado de la *actio legis Aquiliae*, dirigida a la indemnización de daños extracontractuales de carácter patrimonial, la protección de la personalidad tenía lugar a través de la *actio iniuriarum*².

Desde un punto de vista amplio, la *iniuria* era considerada como una conducta contra Derecho, fundamento de la *actio* correspondiente. Como figura particular de delito, que resulta propia de las XII Tablas, se traducía en un ilícito contra las costumbres romanas que producía una lesión moral o física de una persona, ya mediante la palabra (*verbis*); ya mediante los hechos (*re*), castigada con penas que comprendían la del Talión. Es precisamente la dureza de la sanción la que condujo a la aparición de la *actio iniuriarum aestimatoria*³, obra del Derecho pretorio, cuya castigo presenta una naturaleza pecuniaria.

Ahora bien, el escenario reproducido no lo estaría completamente si al lado de esta protección del daño moral que tiene su origen en los ataques a la persona no se tiene en cuenta la preocupación que por el tratamiento de la imagen se presenta en el denominado *ius imaginis*⁴. Un privilegio, más que derecho, el *ius imaginis ad memoriam posteritatem prodendam* formaba parte de los privilegios de determinados magistrados, a los que, así, se les permitía situar en el *atrium* de sus domicilios y exponer en determinadas ceremonias (cortejos fúnebres y victorias de la familia) los retratos, bustos, y estatuas de los antepasados⁵.

² Castan Tobeñas, “*Derecho Civil Español, Común y Foral*”, Tomo 1º, Volumen II. Editorial Reus, S. A., Madrid, 1978.

³ A imagen y semejanza de la *actio* romana, en las Partidas -7, 9, 21- se dispone que “*la indemnización de los daños causados a los hoy bienes de la personalidad, de los daños morales, ha de ser enmienda en pecho de dineros*”. Carlos Rogel Vide, en “*Origen...*”, (op.cit).

⁴ Marco Aurelio da Cunha e Cruz, “*El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil*”, en Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Nº 22. Segundo semestre de 2009.

⁵ Es necesario tener presente que, antiguamente, no sólo la colocación en lugares públicos de estatuas de seres vivientes estaba prohibida, sino que incluso dentro de las casas éstas sólo podían situarse en aquellos lugares que no fueran accesibles a quienes no formaban parte de la familia. De esta forma, fuera de lo que podrían definirse como homenajes públicos, podría entenderse que la utilización de la imagen de los integrantes de la familia por quien no era parte de la misma estaba vedada. En lo referente al *ius imaginis*, cabría entender que la familia ostentaba una facultad exclusiva para la reproducción y la exhibición *post mortem* de la imagen de una persona.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la utilización *post mortem* de la imagen de una persona por la familia era una costumbre arraigada entre las pertenecientes a las clases sociales más altas, que, tras el fallecimiento de alguno de sus miembros, colocaban en el atrio la *imago* o máscara de cera del difunto junto al *titulus*, en una suerte de pública difusión y homenaje a los méritos del fallecido. Una facultad que comprendía su exhibición y honra pública cuando era portada en cortejo por personas que las pasean, llevándolas en su rostro, con motivo de los funerales de algún familiar ilustre.

Con todo, y aun cuando el *ius imaginis* tiene un origen patricio (en la medida en que eran los únicos a los que les estaba permitido el acceso a la magistratura), posteriormente se extendió tanto a las familias plebeyas que se consideraban de origen patricio, cuanto, al fin, a los descendientes de todos los que habían ocupado magistraturas superiores.⁶

Aun así, la verdadera preocupación por la existencia de determinados bienes fundados en la persona y, por tanto, la “*conveniencia de afirmar la independencia de la persona y la intangibilidad de los derechos humanos*”⁷, sólo se experimentará a partir del Renacimiento. Un marco histórico en el que tendrán lugar las primeras discusiones sobre el *ius imaginis*, entendido como derecho individual y autónomo de disposición sobre el propio cuerpo, que fundamenta la facultad de decidir sobre su reflejo, es decir, respecto de la imagen de la persona. Un derecho que corresponde a todo hombre, por ley de la naturaleza o por los preceptos de los Derechos civil, canónico o real, dentro de los límites establecidos por tales leyes⁸.

⁶ Por el contrario, para otros, durante la República romana, el *ius imaginis* no era otra cosa que el derecho de los triunviros monetales a decidir cuáles habría de ser las imágenes reproducidas en las medallas de las familias romanas o consulares, y a hacerlas grabar (nombres de familias o antepasados, grandes hazañas,...). Axial, “El Museo Universal”, num. 47. Madrid, 1861 (www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/.../203889.pdf (a 25 de enero de 2010)). Así puede decir que en estos momentos existía un cierto tratamiento del cómo, el cuándo, y el por quién era posible la difusión social de la imagen.

⁷ Castán Tobeñas, “Derecho Civil Español, Común y Foral”, Tomo 1º, Volumen II. Editorial Reus, S. A., Madrid, 1978.

⁸ Ahora con la denominación *potestas in se ipsum* o *ius in corpus*. Castán tobeñas, señala a Baltasar Gómez de Amescúa (“*Tractatus de potestate in se ipsum*”, Mediolani, 1609), como autor de tal definición.

Ahora bien, el estudio de la evolución en la protección jurídico-civil de los bienes de la personalidad no puede detenerse en la exposición minuciosa del pensamiento de los diferentes autores que, en estos momentos, reclaman su reconocimiento y tutela, en la medida en que, “*como juristas-filósofos que eran, los vieron desde el prisma del pecado, del delito y de la pena, [...], (o) desde una perspectiva política*”⁹. De esta forma, se hace necesario centrar el análisis en el momento en el que tiene lugar, no ya el reconocimiento, sino la exaltación de los hoy derechos de la personalidad, toda vez que a partir del mismo su definición se llevará a cabo teniendo en cuenta los dos parámetros imprescindibles para comprender su actual configuración como derechos de la persona: la secularización del Derecho natural y la individualización del derecho estamental¹⁰.

Así, serán las grandes Declaraciones de derechos del siglo XVIII (en Europa, especialmente la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) las que permitirán una evolución posterior dirigida al reconocimiento de los derechos inherentes a la condición de hombre, propiciando de esta forma el tránsito hacia los derechos humanos constitucionalizados, es decir, su afirmación como derechos fundamentales. Una protección que paulatinamente excederá los límites tanto del orden penal, cuanto de la responsabilidad civil extracontractual, para proceder de forma específica e individualizada.

Asimismo, de manera más extensa, Carlos Rogel Vide considera que en Gómez de Amescúa la *potestas in se ipsum* ya presenta una naturaleza política, que “*tiene como principal o verdadera finalidad, proclamar el principio liberal: Todo le está permitido al hombre, respecto de si mismo, excepto lo que le esta expresamente prohibido por el Derecho*”. Carlos Rogel Vide, “*Bienes de la personalidad, Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*”, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1985

⁹ Carlos Rogel Vide, “Origen”, (op.cit.). El mismo autor señala cómo “ *fueron tratadistas de teología moral los primeros que se ocupan de los bienes de la personalidad (vida, integridad corporal, honor y fama). Santo Tomas, y sus comentaristas (así, VITORIA, SOTO, MOLINA) los consideran en función del pecado, de delito de la pena...*”.

¹⁰ “. Carlos Rogel Vide, “*Bienes...*” (op.cit.). Evidentemente, con lo anterior no se intenta afirmar ni que en la Edad Media el hombre no tuviera derechos fundamentales, ni que no se reconociera la existencia de derechos naturales de la persona. Sólo intenta reflejarse que es el nacimiento del Estado moderno el punto de partida en la configuración de lo que hoy se entiende por derechos de la personalidad, en la medida en que la existencia de aquél encuentra su causa en un replanteamiento de las bases de la limitación del Poder, que es, precisamente, aquello en lo que se sustancia el concepto mismo de derecho individual. Sólo ahora la persona, siendo ciudadano, se consolida como titular, no de derechos naturales, sino humanos.

1.2. El reconocimiento positivo del derecho a la propia imagen.

Parece lógico afirmar que el desarrollo del proceso de individualización en la protección jurídica de la propia imagen guarda una relación directamente proporcional con las innovaciones tecnológicas que permiten y facilitan su captación, reproducción y difusión. Por ello, el origen de dicho proceso es la invención de la fotografía a principios del siglo XIX, momento histórico en el que aparecerán un conjunto de normas legales cuya finalidad no es otra más que la de ofrecer una respuesta jurídica adecuada a la captación de la imagen que tal invención posibilita¹¹. Y, así, como paso previo, en Europa aparecen una serie de decisiones judiciales que constituirán el precedente de las posteriores legislaciones positivas que buscan la protección de la propia imagen. De esta forma, destacan los fallos del Tribunal del Sena de 1855 y 1858, en los que se prohíbe, de un lado, la exposición al público de un retrato sin el consentimiento de la persona retratada, y, de otro, la reproducción y publicación del momento de su muerte sin su previo consentimiento, respectivamente.

En lo relativo a la positivización del derecho, aun cuando algún autor sitúa el primer reconocimiento en la ley alemana de fotografía de enero de 1876, cabe entender que sólo tiene lugar de forma completa con la ley alemana relativa al derecho de autor sobre las artes figurativas y la fotografía (KUG, de 9 de enero de 1907), que aparece como respuesta a la conmoción social que supuso la publicación de una fotografía de Bismarck moribundo sin el consentimiento de su familia. Una norma que constituye uno de los primeros ejemplos de protección jurídica autónoma del derecho a la propia

¹¹Claro está que las posibilidades de reproducir la imagen de una persona no pueden vincularse exclusivamente a la invención de la fotografía, toda vez que esta actividad, desde siempre, ha sido uno de los objetos tanto de la pintura cuanto de la escultura. Pero esta afirmación no obsta lo dicho, en la medida en que entiendo que la tensión entre la protección de la imagen frente a su captación fue reconducida al ámbito del derecho de propiedad del soporte en el que está plasmada la obra. En este sentido, Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz, señala cómo antes de tal invención “*no se planteaba una estricta discusión jurídica de la protección de la imagen humana, en la medida en que la imagen de una persona era representada, normalmente, con el consentimiento del titular, pues para que se hicieran cuadros, bustos, escultura, dibujos u otros procedimientos de representación de las imágenes, el retratado necesaria y usualmente debería posar para el pintor, dibujante o escultor*”.

Con todo, dentro de este ámbito, las posibles tensiones darán lugar a la aparición de la pertinente legislación. Así, la ley rusa de 21 de enero de 1845 (que prohibía la reproducción y publicación de los retratos y cuadros de familia sin el permiso de quien los había encargado o de sus herederos), la belga sobre el derecho de autor de 22 de marzo de 1886, o la japonesa de 1899. En este sentido, da Cunha e Cruz “*El concepto...*” (op.cit).

imagen, en la medida en que su defensa no estaba condicionada por la exigencia de una vulneración simultánea de la intimidad del titular del derecho.¹²

En cuanto a tal regulación, someramente, se dispone el principio general según el cual la imagen no puede ser difundida o expuesta públicamente más que con la autorización de la persona representada, si bien, en caso de duda, la autorización se entiende otorgada cuando la persona reproducida lo ha sido en su condición de modelo, y, además, ha sido retribuida. Un consentimiento que tratándose de personas fallecidas habría de solicitarse de sus parientes próximos (cónyuge superviviente, hijos, o, en su defecto, padre o madre), salvo que hubieran transcurrido diez años desde el fallecimiento.

Con todo, hay que señalar que la protección dispensada aparecía constreñida por dos márgenes. De un lado, el que suponía su limitación a la reproducción de imágenes inanimadas –dibujos, cuadros, fotografías- (si bien fue rápidamente extendida a otras formas de representación, como el teatro o la película). De otro, la afirmación de la legitimidad de determinadas reproducciones como los retratos propios de la historia contemporánea, las ilustraciones en las que las personas parezcan como accesorias, las reproducciones de supuestos tales como los actos públicos en los que los representados hayan intervenido, y los retratos por encargo cuya difusión presente un interés artístico preponderante.

Ahora bien, expuesto el antecedente, es necesario resaltar que dentro de los diferentes sistemas jurídicos la defensa de la propia imagen no procede de manera uniforme, siendo posible diferenciar entre aquéllos en los que su protección se articula a

¹² De Verda y Beamonde, “*Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*”. José Ramón De Verda y Beamonde (coord.). Editorial Thomson-Aranzadi, 2007. El autor se hace eco de la discusión doctrinal relativa, no a la autonomía del derecho a la propia imagen, sino a su afirmación como un auténtico derecho de la personalidad. En este sentido, y por razones sistemáticas, se consideró que su regulación al margen del BGB habría que suponer su negación en cuanto tal. Sin embargo, para otros autores el fundamento de tal exclusión hay que encontrarlo tanto en el hecho histórico que conduce a su reconocimiento, cuanto en que, por tal razón, se configura como un límite al derecho del autor sobre la obra creada. Con todo, parece que el resarcimiento del daño no está contemplado en la norma aludida, sino que habría de ser articulado a través del BGB, “considerando que estamos ante uno de los derechos semejantes a los contemplados en el párrafo primero del parágrafo 823, [...], siempre mediando culpa o dolo”.

través de la propia del derecho al honor o a la intimidad, y aquéllos en los que, por el contrario, su reconocimiento tiene lugar de manera individualizada.

Así, dentro de los primeros, se sitúa el ordenamiento francés, cuyo Código civil se limita a afirmar el derecho que cada uno tiene a la vida privada, es decir, el derecho a la intimidad (art. 9). Una omisión que, evidentemente, no ha impedido el reconocimiento jurisprudencial del derecho a oponerse a la reproducción de la imagen¹³. En cuanto al segundo bloque, en él han de incluirse los ordenamientos italiano (art. 10 del Código civil de 1942) y portugués (art. 79 del Código civil de 1976).

Mención aparte merecen los sistemas anglosajones, especialmente el norteamericano, en el que la propia imagen es objeto de dos derechos de naturaleza diferente: el “*Right of privacy*” y el “*Right of publicity*”. Así, el primero es una respuesta doctrinal al “*tratamiento que prodigaba el Derecho estadounidense a las intromisiones de la prensa en la vida privada de las personas*”.¹⁴ Una situación determinante de las críticas de ciertos autores, que reclamarán el reconocimiento de un “*derecho a disfrutar de la vida, un derecho a ser dejado solo*”, dentro del cual se sitúa el derecho a que su imagen no sea reproducida, en la medida en que la exposición pública consiguiente pudiera ser determinante de un daño moral. En cuanto al segundo, su existencia parte de las limitaciones del anterior, ya que por su configuración no era aplicable a la defensa de la imagen de personajes populares o famosos frente a su utilización con fines comerciales, básicamente, por entender, de un lado, que no cabía hablar de atentado contra la privacidad cuando la persona había buscado positivamente su público conocimiento, y, de otro, porque la pertinente indemnización abarcaba sólo el daño moral, sin tener en cuenta los beneficios económicos que hubieran podido obtenerse. Así, con él se protegerá a la persona frente a la posibilidad de que otros utilicen in consentida y comercialmente su imagen. Un derecho caracterizado por la idea

¹³ Es más, la falta de reconocimiento aludida tampoco ha sido un obstáculo para que el Consejo Constitucional francés haya considerado que el derecho a la vida privada está comprendido en la libertad proclamada por el Art. 2 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1879 (decisión de 23 de julio de 1999).

Para De Verda esta configuración ha de valorarse positivamente en la medida en que permite reconducir al Código civil la defensa de los derechos de la personalidad, prescindiendo de leyes especiales.

¹⁴ Iñigo de la Maza Gazmuri, “*La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad (right of publicity) en el caso estadounidense*”, en “*Veinticinco años...*” (op.cit).

de patrimonialidad, y, que coherentemente, es susceptible de disposición, *inter vivos* y *mortis causa*.

En otro orden de cosas, y para concluir, hay que señalar, de un lado, que no existe en Europa un reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen individualmente considerada, con la salvedad de la Constitución portuguesa de 1976¹⁵, y, de otro, que a nivel internacional no puede afirmarse la existencia de un tratamiento uniforme del derecho a la propia imagen, reproduciéndose en este plano lo ya afirmado a nivel estatal.

Así, por ejemplo, se habla de derecho a la vida privada (intimidad) en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art.12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 16), el Convenio de Roma (art. 8), o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 7).¹⁶

2. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

2.1 Normativa aplicable.

Partiendo del reconocimiento del derecho en el art. 18 CE, la primera de las normas que ha de tenerse en cuenta no es otra más que la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia

¹⁵ Art. 26: “(Outros direitos pessoais).1. A todos são reconhecidos os direitos [...] ao bom nome e reputação, à imagem,...” Asimismo, Javier Pardo Falcón señala como en Iberoamérica sí que es posible afirma la tendencia a su constitucionalización –caso de las Constituciones brasileña de 1988, peruana de 1993 y venezolana de 1999. Javier Pardo Falcón, “*La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen*”, en “*Propiedad y derecho constitucional*”. Coordinador Francisco Bastida Freijedo. Centro de Estudios Constitucionales.

¹⁶ Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 12: “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia,...*”. Los restantes textos citados reproducen esta redacción.

Imagen. Una ley que, interpretada conforme a lo que resulte de la doctrina del Tribunal Constitucional y según lo que establezcan los Convenios Internacionales en la materia de los que España sea parte – art. 10 CE –, no constituye, por sí sola, el único referente jurídico para la protección del derecho analizado. Así, en principio, porque, en el ámbito penal, hay que tener en cuenta el art. 197 CP, incluido en el Título X, bajo la rúbrica “*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*”, aun cuando parece que, pese a dicha rúbrica, la propia imagen no es un bien jurídicamente protegido de forma individual, sino en la medida en que aparece como uno de los medios altamente cualificados para la vulneración de la intimidad – delitos de descubrimiento y revelación de secretos –.

Por otra parte, tampoco puede descuidarse todo un conjunto de normas referentes tanto a la protección del derecho – así, la relativa a la protección y el tratamiento de datos personales –, cuanto la normación de los cauces procesales aptos para su defensa, ámbito en el que son especialmente relevantes la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento procesal – en cuanto a las medidas cautelares dispuestas en el art. 9.2º LO 1/1992 –, y la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

2.2. Caracterización del derecho a la propia imagen.

En lo referente a la determinación de los caracteres del derecho a la propia imagen entiendo que es necesario tener en cuenta, de un lado, aquellos que derivan de la forma en la que ha sido positivizados, y, de otro, los que traen causa en la definición de la que es objeto por parte de la doctrina.

En cuanto a lo primero, el punto de partida no es otro más que la afirmación de la propia imagen en el ordenamiento español como un derecho fundamental constitucionalmente reconocido de manera autónoma, incluido en la Sección Primera del Capítulo I del Título I de la Constitución de 1978. En lo referente a lo segundo, se

afirma como uno de los derechos de la personalidad, de naturaleza subjetiva, siendo irrenunciable, inalienable e imprescriptible (art. 1.3 LO 1/1982).¹⁷

Así, para comenzar, estamos ante un derecho fundamental. Una expresión con la que se quiere señalar a aquellos derechos humanos que han sido formalizados mediante su incorporación a la norma constitucional del sistema, dotándolos, así, de especiales garantías frente al Estado¹⁸. Concretamente, en nuestro ordenamiento, de un lado, la exigencia de que sólo pueda ser regulado por ley orgánica – que en todo caso ha de respetar su contenido esencial, *ex art. 53.1º CE* -, y, de otro, la posibilidad de que los actos de los poderes públicos que lo vulneren sean objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional – arts. 53.2º CE y 41.2º Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional -.

En relación a esta especial protección jurisdiccional es necesario tener en cuenta que, aun cuando no es una solución indiscutida en la doctrina científica, la imposibilidad de recurrir en amparo los actos de los particulares no puede entenderse como el reconocimiento de una eficacia meramente vertical al derecho protegido, es decir como una negación de la existencia para éstos de un deber de respeto de los derechos fundamentales, sino como una cuestión de carácter procesal.

En este sentido, de Verda señala que “ *en ocasiones, al tratarse del tema de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado, no se diferencia adecuadamente dos cuestiones totalmente distintas: de un lado, la cuestión material, consistente en determinar si los derechos fundamentales tienen como destinatarios, exclusivamente, los poderes públicos o también los particulares; y, de*

¹⁷ Se trata, asimismo, de un derecho individual y limitado. En cuanto a lo primero, porque su titularidad corresponde al hombre en cuanto particular, sin que puedan ser restringido por los gobernantes. En lo referente a la segunda de las cualidades, no estamos ante un derecho absoluto, sino que el poder que su reconocimiento supone para la persona está sometido a una serie de límites señalados tanto en la CE cuanto en la ley orgánica de 1982, y precisados jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional y el Supremo (en este sentido, las SSTC 81/2001 y 156/2001, en la que además se afirma su limitación por otros derechos).

¹⁸ Por derechos humanos cabe entender “*aquellos que son inherentes a la persona por razón de su naturaleza como tal, según lo cual todos los hombres son titulares de ellos por igual. En la actualidad, los derechos humanos han ocupado su lugar en el Derecho Internacional, con el ánimo de otorgarles la tutela más eficaz y de crear una conciencia universal de su importancia, de sus límites y de la gravedad que implica su vulneración*”. Juan José Bonilla, “*Personas y derechos de la personalidad*”. Editorial Reus, S.A., Madrid, 2010

*otro, la puramente procesal, con la que se trata de dilucidar, simplemente, si los actos de autonomía privada lesivos de los derechos fundamentales pueden, o no, ser recurridos en amparo ante el tribunal constitucional*¹⁹. Una afirmación presente también en la doctrina constitucionalista, fundada en un deber de respeto que la norma constitucional extiende a todos *ex art. 9, 1 CE*. Así, la STC 18/1984, en su FJ 6º, afirma que el reconocimiento constitucional de los Derechos Fundamentales “*no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado Social de Derecho, [...], no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social*”. El problema, por tanto, reside en la identificación de los que han de entenderse dotados de una eficacia horizontal, entre los que la sentencia incluye a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

En todo caso, la especial garantía constitucional frente a sus posibles vulneraciones, se sustancia, de un lado, en la existencia de un específico procedimiento de protección civil, basado en los principios de sumariedad y preferencia, y, de otro, en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Respecto a tales vías de protección sólo apuntar que permitirán diferenciar entre las dimensiones patrimonial y moral del derecho, de forma que correspondiendo a la jurisdicción ordinaria la defensa de ambas, la segunda resultaría propia del ámbito de competencias del Tribunal Constitucional²⁰.

¹⁹ De Verda y Beamonde, “Veinticinco...” (op.cit). En el mismo sentido, Carlos Rogel Vide afirma que unos mismos bienes se afirman en el ámbito del Derecho Privado como derechos de la personalidad, mientras que se traducen en el Derecho constitucional como derechos y libertades fundamentales. Es decir, la constitucionalización no supone más que la afirmación de una protección específica. Carlos Rogel Vide, “Bienes...” (op.cit).

²⁰ No se trata de una diferenciación pacífica en la doctrina constitucionalista, y, en este sentido, Pardo Falcón señala que es lógico que las afirmaciones contenidas en la STC 231/1988 hayan sido recibidas con perplejidad “*por lo que suponían de reconocimiento de que hay aspectos de la LO 1/1982 ajenos al desarrollo de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE y porque – en su opinión – (la de los primeros) el TC soslaya que, si bien la fijación y revisión de indemnizaciones es cuestión de la jurisdicción ordinaria, el presupuesto de las mismas es la previa declaración de la intromisión ilegítima de los derechos en cuestión*”. Javier Pardo Falcón, “La dimensión...” (op.cit).

De esta forma, La STC aludida estima que la faceta constitucional del derecho que no comprende su contenido exclusivamente patrimonial, protegible por la vía civil. En el mismo sentido la STC 81/2001, de 26 de marzo, según la cual “*Es cierto que en nuestro Ordenamiento –especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen– se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ilegítimas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afecta a bienes distintos de los que son propios de*

Por otro lado, el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, sin que su protección se infiera a través de la defensa de otro diferente, ya sea éste el honor, la intimidad o la privacidad. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado cómo su reconocimiento individual supone una protección frente a intromisiones que no afectan ni al buen nombre ni a la vida íntima. Así, la STC 139 /2001, de 18 de junio, en la que se le define como *“un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen, que, afectado a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”*.

En el mismo sentido, y de forma aún más ejemplificativa, la STC 156/2001, en la que se afirma que *“mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucede en los casos en los que mediante las mismas se invade la intimidad pero la persona no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen, sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto este que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañan una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurrirá en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y se permita identificar a la persona fotografiada”*.²¹

un derecho de la personalidad y, por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE”.

²¹ Cuestión diferente es que un mismo acto pueda suponer la lesión simultánea. En estos supuestos, la delimitación entre intimidad y propia imagen no está exenta de dificultades, en la medida en que cuando la captación tiene lugar en un sitio íntimo siempre existe una vulneración de la primera, bien de forma exclusiva –si no es posible identificar al titular–, bien en conjunción con la de la segunda –en caso contrario–.

Quizás resulte revelador de la voluntad del constituyente español de reconocer un derecho autónomo, el hecho de que en el Anteproyecto de la Constitución no se reconocía expresamente el derecho a la propia

Una autonomía que, justificada en los diferentes bienes jurídicamente protegidos a través de cada uno de los derechos reconocidos en el art. 18 CE -en el honor, el buen nombre en la intimidad, el sector de su vida personal o familiar que se reserva como ajeno al conocimiento de los demás, y en la propia imagen, la reproducción de los rasgos constitutivos de ésta-, supone la existencia tanto de una independencia nominal y conceptual, cuanto de una regulación legal específica.

En lo referente a la caracterización doctrinal, se incluye dentro de los denominados derechos de la personalidad una específica categoría de derechos subjetivos delimitada por razón de las peculiaridades del objeto sobre el que recae. De esta forma, en cuanto tal, el derecho a la propia imagen supone la atribución de un poder a su titular para que lo ejerza y lo defienda, quedando, así, la protección y la tutela jurídica del interés protegido a disposición del sujeto. De esta forma, el derecho reconocido implica para el sujeto *“un conjunto de facultades que engloba tres sectores fundamentales; uso y disfrute, como competencia para realizar en paz y libertad las acciones que el propio derecho le garantiza; disposición, como potestad de adoptar decisiones definitivas sobre su ejercicio, su conservación, su modificación, su transmisión a otros sujetos o su extinción, dentro de los límites que su propia estructura o la pertinente regulación jurídica le impongan; y pretensión, como posibilidad para ejercitar una serie de acciones que tiene por finalidad que otros sujetos intervengan en su proceso de realización”*²². De esta forma, su conceptualización como derecho de la personalidad nace de la determinación del objeto de las potestades en las que se resume como derecho subjetivo: la personalidad.

Así, la personalidad puede definirse como *“un conjunto de rasgos biológicos, sociológicos y psicológicos que caracterizan a un sujeto de forma que la ausencia de alguno de ellos conduce a la falta de identidad. Dentro de ellos se incluyen los rasgos*

imagen, sino que ésta aparecía mencionada expresamente, en el art. 20.5º, como un límite específico a las libertades de expresión reconocidas en dicho artículo.

Con todo, hay que tener en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que el art. 8 del Convenio no permite afirmar la existencia de un derecho autónomo a la imagen, que se considera incluido en la noción de vida privada, en cuanto comprensiva de los elementos relativos a la identidad de un persona.

²² Juan José Bonilla Sánchez, *“Personas...”*, (op.cit).

*físicos externos, y esta corporeidad, sus características físicas particulares contribuyen de un modo decisivo en la configuración de su autoconciencia, así como en su esfuerzo por distinguirse suficientemente de los demás y de tener una inserción propia en la sociedad. Las reflexiones filosóficas mas recientes tienen a rechazar el dualismo radical cuerpo mente e insisten en que el organismo no es una materia moralmente neutra. De esta forma la corporeidad es un condición sine qua non de la personalidad*²³. De esta manera, la afirmación de la categoría de los derechos de la personalidad supone la protección de tales bienes frente a otros sujetos privados en un plano de igualdad, concluyéndose que los derechos de la personalidad como derechos subjetivos suponen un “señorío que tiene por objeto la propia existencia y las demás facultades humanas, sean corpóreas o incorpóreas, en cuya virtud su titular ejerce un poder de dirección y de rechazo de los ataques injustos de los demás hombres”²⁴.

Por último, en cuanto derecho inescindible de la persona concreta a la que pertenece, se define por ser inalienable, imprescriptible e irrenunciable.

En cuanto a la primera de las características, baste señalar ahora que la existencia de una vertiente positiva del derecho - en cuya virtud el sujeto tiene la facultad de consentir la captación, reproducción o publicación de su propia imagen, de forma gratuita u onerosa - no parece implicar una vulneración de la inalienabilidad, en la medida en que ésta ha de ser entendida como imposibilidad de que exista un cambio en el sujeto titular del derecho. Y, así, en este sentido, la Exposición de Motivos de la LO 1/1982, señala que la inalienabilidad impide una “*absoluta abdicación del derecho*”, pero no el “*parcial desprendimiento de alguna de las facultades*”²⁵.

²³ Juan José Bonilla Sánchez, “*Personas...*”, (op.cit).

²⁴ Juan José Bonilla Sánchez, “*Personas...*”, (op.cit). En relación con tales afirmaciones cabe señalar que para algunos autores la existencia de la categoría de los derechos de la personalidad como especie del género derecho subjetivo es difícilmente sostenible, en la medida en que implicarían una confusión entre el sujeto y el objeto del derecho. Al respecto, la exposición de Carlos Rogel Vide, “*Bienes...*” (op.cit).

²⁵ Con todo, el significado de la inalienabilidad del derecho a la propia imagen no es una cuestión pacífica en la doctrina, que se muestra escindida entre aquéllos que entienden que el consentimiento exigido por la LO 1/1982 es la vía de exclusión de la antijuridicidad de los actos de intromisión, y, los que, por el contrario, consideran posible una cesión contractual de la imagen. Una cuestión cuyo análisis se afronta en el apartado relativo al contenido del derecho.

Por lo que hace a la imprescriptibilidad, cabe entender que la existencia de una plazo de caducidad al que la LO 1/1982 sujeta el ejercicio de las acción de protección del derecho –cuatro años desde que pudieron ejercitarse-, no implica, pese a parecerlo *prima facie*, una limitación temporal de la vida del derecho, vinculada sólo a la de su titular. Y es que, aunque pudiera objetarse que sin protección no hay derecho, no hay que descuidar que la caducidad de la acción no impedirá la defensa frente a otras intromisiones distintas. Con todo, la imprescriptibilidad es puesta en tela de juicio tanto por lo afirmado, cuanto porque el art. 3.3º LO 1/1992 “*hablando del ejercicio de acciones de protección civil de los derechos, [...] con posterioridad al fallecimiento del titular de los mismo, legítima, en ocasiones, al Ministerio Fiscal, «que podrá actuar – se dice – de oficio o a instancia de persona interesada siempre que no hubiera transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado». No puede, pues, actuar después*”²⁶.

Por último, en cuanto a la irrenunciabilidad, siguiendo al Prof. Rogel Vide, sólo señalar que su afirmación equivale a la imposible existencia de voluntades abdicativas que supongan la extinción del derecho.

3 EL OBJETO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

Evidentemente, y aun cuando la determinación del significado del derecho a la propia imagen en nuestro ordenamiento ha de tener como punto de partida su reconocimiento como derecho fundamental en el art. 18 de la Constitución, tal afirmación poco aporta a la hora de determinar qué ha de entenderse por propia imagen, en la medida en no existe en el texto constitucional una definición del objeto protegido. De esta forma, resulta obligado recurrir a la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, en su condición

²⁶ Carlos Rogel Vide, en “*Origen...*”, (op.cit.).

de intérprete supremo de la Constitución, para conocer cuál es el significado jurídico de la expresión utilizada por el constituyente español.²⁷

En una primera aproximación, parece posible afirmar que la “*imagen*” ha de ser el conjunto de los rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona y que permiten identificarla como tal²⁸. Así, la STC 139/2001, de 18 de junio, identifica el objeto del derecho con “*el aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual*”.²⁹ Una definición compartida por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, de forma que es posible entender que no existen divergencias entre los dos altos tribunales de nuestro país en su configuración, y, así, “*la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a efectos de su protección civil, define la imagen en el mismo sentido estricto con el que la conceptúa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, identificándola con la representación del ser humano a través de sus rasgos personales*”³⁰. De esta manera, la imagen es la “*efigie, la figura humana*”, es decir, “*los caracteres esenciales de su figura*”.

Ahora bien, la identificación de la imagen con los rasgos físicos externos de la persona que permiten su singularización en cuanto sujeto no está exenta de problemas, pese a su aparente claridad. Y, así, el primero de los que se suscitan hace referencia a la

²⁷ Podría objetarse que el significado constitucionalmente protegido del derecho a la propia imagen no tiene por qué coincidir con aquél que sea propio del ámbito de la legalidad, es decir, de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, creo que, sin perjuicio de posteriores matizaciones, es necesario tener en cuenta que el art. 5. I LOPJ establece que los Jueces y Tribunales deben interpretar las leyes y reglamentos “*según los preceptos y principios constitucionales, conforme la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*”.

²⁸ De Verda y Beamonde, “*Veinticinco años...*” (op.cit).

²⁹ La sentencia citada no es más que una de las muchas en las que el TC reitera la definición de imagen que se afirma en la mencionada. Así, y como meros ejemplos, las SSTC 231/1988, 81/2001, 156/2001, o 99/1994. En todas ellas la propia imagen es equiparada a los rasgos físicos personales de carácter externo que pueden tener pública difusión, y que, además, permiten la identificación de la persona.

³⁰ De Verda y Beamonde, “*Veinticinco...*” (op.cit). Por todas, la STS de 14 de marzo de 2003, en la que el “*derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación, [...], de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone la vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen*”.

delimitación de lo que ha de entenderse por rasgo físico externo, y más concretamente, a la posibilidad de atribuir dicha condición a la voz de la persona, integrándola en el ámbito de protección propio del derecho.

En este sentido, parece que la doctrina al respecto se inclina por la exclusión de la voz como elemento integrante del bien “imagen” en su dimensión constitucional³¹, considerando que resulta más que dudoso “*que el contenido constitucional del derecho a la propia imagen incluya la protección contra la utilización del nombre o de la voz, como pudiera desprenderse del art. 7.6 de la LO 1/1982. Y ello no sólo ya porque desde el punto de vista semántico ambos conceptos no quedan integrados en el término «imagen», como se observa al examinar las distintas acepciones de esta voz en el Diccionario de la RAE. También porque desde el punto de vista estrictamente jurídico existen importantes diferencias en relación con los intereses que subyacen a la protección de la imagen, de la voz y del nombre, lo cual hace demasiado aventurado presumir que también estos dos últimos elementos de la personalidad han querido ser objeto por el constituyente español de protección constitucional como integrantes del derecho a la propia imagen*”³². No se trata, en definitiva, de que la voz no aparezca como uno de los rasgos físicos definitorios de la persona - que lo es -, sino de que su protección, regida por la idea de patrimonialidad, no puede proceder a través de la dimensión moral del derecho. Así, del art. 7. 6 LO “*no se deduce que la noción de «imagen» contemplada en la LO 1/1982 sea distinta a la del artículo 18 de la Constitución. No se trata, [...], de que, desde la perspectiva civil, haya que considerar imagen el nombre o la voz, además de la figura humana, sino que lo que sucede es que la tutela civil, no sólo se extiende a la «imagen», sino que igualmente a otros atributos de la persona, que también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identifican al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objeto de un derecho distinto al de la propia imagen, Su lesión dará lugar al correspondiente resarcimiento del daño moral, porque*

³¹ En sentido contrario, Juan José Bonilla Sánchez, “Persona...” (op.cit). El autor sostiene que “*se compone la imagen de los rasgos que acomodan el aspecto exterior de una persona y que permiten identificarla y reconocerla socialmente, como son la figura, la forma de vestir o calzar, la apariencia externa, [...]. Me parece que igualmente el nombre y la voz, a los que se refiere el art. 7.61. LO 1/1982, son otros elementos que conforman la imagen protegida de una persona, por lo que también deben estar amparados por el derecho fundamental*”.

³² Javier Pardo Falcón, “La dimensión patrimonial...” (op.cit).

es éste un efecto expresamente previsto por el legislador civil, pero, en ningún caso, podrá dar lugar a un recurso de amparo, porque falta un expreso reconocimiento de un derecho fundamental al propio nombre o a la propia voz”³³. Así las cosas, puede ser oportuno detenerse, brevemente, en esta cuestión, en el entendimiento de que lo que se afirma sólo es una aproximación a los problemas que pueden derivarse de las opiniones expuestas.

En este sentido, parece que la doctrina consultada fundamenta sus conclusiones en la mención singularizada de la voz que se contiene en el art. 7. 6º LO 1/1982, que permitiría entender que, pese a la indudable dimensión moral que presenta el bien “voz”, toda afectación de ésta habría de ser resuelta en el plano de la mera legalidad. Ahora bien, los autores no abordan el porqué de esta limitación, aduciendo, simplemente, que falta un reconocimiento expreso de la existencia de un derecho fundamental sobre la misma. Sin embargo, es posible señalar que ya no sólo no parece que existan pronunciamientos al respecto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que el propio Tribunal Constitucional considera que, genéricamente, la voz es uno de los “*atributos característicos, propios e inmediatos del derecho a la propia imagen*” – en este sentido, la STC 111/1994 -. De esta manera, pudiera ser obligado tener en cuenta hasta qué punto puede mantenerse que la imposibilidad de recurrir en amparo encuentre su fundamento en la concreta redacción de una ley orgánica, o, incluso, en el significado usual que el término “imagen” puede presentar. Todo ello, sin perder de vista que en la doctrina del Tribunal Constitucional el presupuesto habilitante de dicho recurso es, sin adjetivaciones, la dimensión moral presente en todos y cada uno de los elementos constitutivos de los rasgos externos de la persona, individual o conjuntamente considerados.

4. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

Si, como se ha señalado en el apartado anterior, el objeto del derecho no es otro más que la “*representación gráfica de la figura humana*”, es decir, los rasgos físicos

³³ De Verda y Beamonde, “*Veinticinco años...* (op.cit).

identificativos de un sujeto como ser único, está claro que su titularidad ha de corresponder a la persona física. Y ello, por el mero hecho de existir, simplemente, por “ser”.

De esta forma, la personalidad en la que el objeto “imagen” se integra es la que corresponde a la persona en cuanto tal, es decir como ser humano, bastando para el nacimiento del derecho la satisfacción de los requisitos establecidos por el art. 30 CC³⁴. Así, *“el hombre, el ser persona, puede ser titular de ciertos derechos y obligaciones, unos que le siguen de forma natural y otros que le son impuestos por la convivencia en sociedad. [...], por el hecho simple de haber nacido humano, (la persona) posee unos atributos para su cabal desarrollo, que serían los derechos de la personalidad”*³⁵.

Ahora bien, lo afirmado exige las matizaciones que se deriven de la diferenciación entre capacidad jurídica y de obrar. De esta forma, siendo la primera la idoneidad de la persona nacida para utilizar y disponer de los poderes que el ordenamiento puede reconocerle, la segunda implica un tránsito desde la potencia a la realidad que puede suponer algún tipo de consecuencia, *prima facie*, en dos supuestos: los menores de edad y los incapacitados. Respecto de éstos, y sin perjuicio de las observaciones pertinentes en lo relativo al consentimiento de sus representantes en la

³⁴ Art. 30 CC: *“Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”*. Hay que tener en cuenta que aun cuando hoy resulta obvio que la asociación persona-dignidad-derechos de la personalidad, no siempre ha sido así. Y no ya en ordenamientos antiguos, sino en épocas excesivamente recientes, puesto que la abolición de la esclavitud en Mauritania tuvo lugar en 1980. (fuente: goobal y su revista goobal hoy. www.goobal.net. A fecha de 31 de enero de 2010).

³⁵ Juan José Bonilla Sánchez, *“Personas...”*, (op.cit). El autor reproduce la polémica existente en el ámbito de la bioética sobre la posible personalidad del nasciturus, resumiendo las diferentes posturas a favor y sus argumentos y exigencias.

Así, en primer lugar, se encuentran aquéllos que consideran posible afirmarla por tres motivos: su unicidad genética, la continuidad biológica con el adulto que eventualmente va a devenir, y su autonomía de desarrollo. En segundo término, hay quien, además de lo anterior, supedita la personalidad a determinadas exigencias adicionales, como que el embrión supere las dos semanas de vida - en la medida en que en éstas aún es divisible -, o a que esté dotado de sistema nervioso,...

Al lado de tales opiniones, se sitúan aquéllos que, por el contrario, consideran necesario para su reconocimiento el dato de la autoconciencia, de forma que ni el embrión, ni el feto –ni el recién nacido, añaden – podrían disfrutarla. En todo caso, no se trata, evidentemente, de personalidad jurídica. En este sentido, por más que su vida y su integridad puedan ser considerados bienes jurídicamente protegidos, es doctrina jurisprudencial la negación de su aptitud para ser titular de derechos fundamentales (STC 231/1988).

Con todo, cabe plantearse cuál sería el tratamiento jurídico posible en aquellos supuestos en los que mediante el uso de técnicas como la de la ecografía tridimensional, se utilizasen las imágenes captadas con diversos fines, como, por ejemplo, su exposición o reproducción en artículos o acontecimientos científicos.

utilización de su imagen, baste ahora con señalar que no se discute su aptitud para ser titular de los derechos de la personalidad (ni siquiera de los restantes derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, excepción hecha del derecho de sufragio), sino su ocasional falta de capacidad para actuarlos.

Afirmada, pues, la titularidad del derecho a favor de las personas físicas, se plantean otras dos cuestiones esenciales: la posibilidad de que ésta también pueda afirmarse respecto de las jurídicas, y la necesaria diferenciación entre la protección de la imagen de la persona y la del personaje.

En cuanto a lo primero, considero que el punto de partida en su análisis ha de ser la corriente constitucionalista que afirma la capacidad de aquéllas para resultar titulares de derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos. En este sentido, porque, de un lado y en determinados supuestos, se les atribuye expresamente (es el caso de la libertad ideológica, religiosa y de culto del art. 16 CE) y, de otro, porque el art. 162, 1.b) CE, al reconocer legitimación para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional a la persona jurídica que invoque un interés legítimo, parece fundamentar la posibilidad de que éstas los detenten³⁶.

Ahora bien, tratándose de esa singular categoría de derechos fundamentales constituida por los derechos de la personalidad, las posibilidades apuntadas no suponen, ni mucho menos, una equiparación de la persona jurídica a la física, en la medida en que no parece posible que en ellas concurren los intereses y bienes jurídicamente protegidos mediante aquéllos. Y así, es común en la doctrina afirmar que las personas jurídicas no pueden ostentarlos, ya que en el caso de éstas la dignidad en la que encuentran su fundamento, ex art. 10 CC, parece ser, todo lo más, simple prestigio.

De esta forma, en principio y aun cuando no quepa duda de que las personas jurídicas pueden tener una imagen propia -concretada en sus logotipos, denominaciones, o marcas-, de un lado, el señorío que tenga por objeto la misma ha de reconducirse al ámbito de la propiedad industrial, y, de otro, su defensa articularse a través de la

³⁶ En este sentido, las SSTC 64/1988 y 23/1984, a modo de ejemplo. Aun así, autores como Bonilla Sánchez consideran que no es lo mismo legitimidad para recurrir que dominio del derecho defendido.

legislación mercantil pertinente. Con todo, creo necesario apuntar que la solución no es pacífica, en la medida de que, tratándose de intromisiones carentes de fines económicos –por ejemplo, meramente informativas-, hay autores que consideran que el problema planteado “*es el de los instrumentos de protección de que dispondría una persona jurídica,[...], más allá de la acción de responsabilidad civil ex art. 1902 CC ,[...], máxime teniendo en cuenta que el propio TC ya ha admitido dicha titularidad, con ciertos matices, respecto de otro típico derecho de la personalidad como es el derecho al honor (SSTC 139/1995 y 183/1995), [...], (de forma que) la tendencia, [...], debería propiciar, por pura coherencia jurisprudencial, el reconocimiento de la titularidad del derecho a al propia imagen por las personas jurídicas*”³⁷.

Con la segunda de las cuestiones planteadas – persona y personaje -, se pretende analizar la posibilidad de que el art. 18 CE proteja la pluralidad de imágenes atribuibles a un mismo sujeto y, más concretamente, la imagen artística, como imagen del personaje de ficción creado por una persona.

En este sentido, resulta obligado acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 81/2001, en la que, considerándose que “*el derecho concernido no es el derecho constitucional a la propia imagen*”, se afirma que la representación gráfica de un sujeto en su faceta de actor no afecta a su “*dimensión personal, individual o privada*”, con lo que no hay una vulneración del bien jurídico protegido constitucionalmente, puesto que el personaje es “*una representación ajena al espacio de privacidad de su creador, a su propia imagen como individualidad y como persona y, en definitiva, a su dignidad personal*”. Todo ello, sin perjuicio del innegable valor de la imagen artística, cuya defensa ha de considerarse comprendida en el ámbito civil-patrimonial de la protección del derecho a la propia imagen, que no en el constitucional³⁸.

³⁷ Javier Pardo Falcón, “*La dimensión...* (op.cit).

³⁸ Con todo, entiendo que pueden hacerse dos consideraciones. Así, en primer lugar, que las afirmaciones de la sentencia no dejan de suponer una cierta conmixción entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad, puesto que el primero se hace depender, en su faceta constitucional, del segundo. De otro lado, es posible considerar que, si el personaje forma parte de la dimensión patrimonial del derecho, sí que existen diferencias entre los conceptos constitucional y civil de su objeto.

Aun así, hay que tener en cuenta que no es una solución compartida unánimemente por la doctrina, básicamente porque supone un necesario deslinde entre las diferentes facetas de la imagen de la persona que, de un lado, no se admite pacíficamente, y, de otro, puede implicar especiales dificultades cuando la imagen artística no suponga la creación de una ficción, de un personaje.³⁹

Para concluir el análisis del objeto del derecho, creo que es necesario tener en cuenta dos cuestiones. En primer lugar, que aun cuando el estudio de la titularidad del derecho a la propia imagen parece obligar a determinar quién es el sujeto pasivo frente al que podría actuarse el poder o señorío en el que aquél se sustancia, las dificultades que puede entrañar el análisis de esta cuestión parecen reconducirse a dos ámbitos diferentes, cuyo tratamiento considero que no forma parte de este apartado. Así, y porque ya ha sido planteada, el propio de las consecuencias jurídicas que pueden

³⁹ En este sentido, Javier Pardo, “*La dimensión...*” (op.cit). No parece imposible que, en determinadas ocasiones, el personaje de ficción creado por un sujeto fuese su única vía de presentación pública, de forma que cabría plantearse si aquél no es, precisamente, el conjunto de rasgos diferenciadores que, por voluntad del titular del derecho, permiten su singularización externa, y, por tanto, su identificación por los demás. Es decir, se plantearía la necesidad de determinar hasta qué punto es posible que la falta de coincidencia entre imagen privada y pública pueda suponer que ésta última haya de entenderse comprendida en la pertinente protección.

En este sentido, siguiendo a Blasco Gascó puede afirmarse que “*el derecho a la imagen también es, y posiblemente con carácter previo y fundamental, el derecho a conformar tales rasgos físicos, [...], el derecho a definir, a determinar, a configurar y a modificar libremente la propia apariencia exterior. El derecho a la propia imagen es, ante todo, el derecho a determinarla, a individualizarla frente a los demás*”. De igual forma, el Tribunal Constitucional señala que el derecho protege un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad, un ámbito necesario para mantener una calidad mínima de vida -SSTC 81/2001, 231/1998 y 156/2001 -, a fin de garantizar un ámbito privado.

Una doctrina que permitiría afirmar la existencia de un ámbito somático del derecho, que comportaría la facultad de “*proyectar una imagen física de acuerdo con uno mismo, uniforme o desigual, [...], un derecho de configuración estética*”, de forma que la protección de la libre determinación de la apariencia física personal también ha de estar incluida en el art. 18 CE. Sin entrar a analizar si esta dimensión relativa a la propia decisión del aspecto físico forma parte, o no, de la libertad de expresión, lo que sí creo posible es que pueda suponer una restricción de los límites señalados al derecho a la propia imagen por el art. 8.2º LO 1/1982.

En este sentido, puede entenderse que el derecho a la propia imagen en su vertiente “somática” presenta tanto un aspecto positivo cuanto negativo. Así, correspondiendo al primero la libertad en la determinación de la apariencia física, para explicar el segundo es necesario tener en cuenta el significado que para la persona puede suponer la mera captación de su imagen, Y es que no hay que descuidar que ésta, en definitiva, implica tanto congelarla cuanto hacer posible, mediante su posterior reproducción o publicación, una ampliación de su ámbito natural de difusión. De esta forma, puede colegirse la relevancia que para el sujeto a presentar que la imagen captada no sea aquella que quiere proyectar. Una relevancia especialmente presente en aquellos supuestos en los que la persona ha creado una concreta apariencia pública, que constituye su única “tarjeta de presentación”. Evidentemente, con tales afirmaciones no se pretende excluir del ámbito de la lícitud las actuaciones en las que concurran las circunstancias requeridas a tales fines cuando dicha situación acontezca, pero sí dotarla de cierta trascendencia jurídica, cuando menos a fines indemnizatorios.

derivarse de la afirmación constitucional del derecho como fundamental (vid. supra. apartado 2.2). De otro, y porque se abordará posteriormente al hilo del estudio del contenido del derecho y de sus limitaciones, el relativo a la oponibilidad del derecho frente a las pretensiones de los poderes públicos de captar o utilizar la propia imagen.

Por último, en segundo término, que el reconocimiento de la titularidad del derecho a la propia imagen a los extranjeros no parece suscitar dudas, en la medida en que derivando de la dignidad de la persona (art. 10 CE), su atribución no puede estar condicionada a la ostentación de la nacionalidad española., puesto que el reconocimiento efectivo de su fundamento ha de proceder sin cortapisas derivadas de condicionamientos políticos.

5. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SUS LIMITACIONES.

Como introducción al estudio de las cuestiones planteadas, hay que tener en cuenta que tanto la doctrina, como la jurisprudencia señalan la existencia dentro del derecho a la propia imagen de dos vertientes, negativa y positiva, en cuya virtud su titular cuenta con la facultad, tanto de excluir la mera obtención, la reproducción o la publicación de su imagen por tercero que carece de su consentimiento, cuanto de reproducirla, de utilizarla si así lo desea, respectivamente. De esta forma, equiparándose la faceta negativa o de exclusión a la dimensión moral-constitucional de imagen, la positiva o de aprovechamiento integraría su vertiente patrimonial o de legalidad. Cabe, por tanto, sistematizar la exposición utilizando la distinción señalada.

5.1 La vertiente negativa del derecho a la propia imagen

Como se ha señalado, la dimensión negativa del derecho a la propia imagen supone para su titular una facultad de la misma naturaleza, consistente en perseguir, excluyendo, las conductas que supongan una intromisión. Una vertiente cuyo análisis ha de tener como punto de partida el art. 7.5º y 6º LO 1/1982, en cuanto en ellos se disponen aquellas conductas que resultan específicamente vulneradoras de la propia imagen, señalándose al respecto tanto “*la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos*”, cuanto “*la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*”⁴⁰.

De esta forma, y en el entendimiento de que la dimensión negativa del derecho supone para su titular un ámbito en el que las conductas señaladas, independientes entre sí y cualquiera que sea su finalidad, no pueden ser lícitamente realizadas sin su consentimiento, puede afrontarse la exposición de las primeras limitaciones – art. 8 LO 1/1982 -, en la medida en que su existencia supone la aparición de un conjunto de supuestos que implican una restricción de aquél, puesto que en ellos la protección dispensada desaparece.

Con todo, previamente, creo que es necesario tener en cuenta que, desde un punto de vista general, el ejercicio del derecho a la propia imagen está condicionado jurisprudencialmente a la exigencia de que la imagen captada permita la identificación de la persona, es decir, al cumplimiento del requisito de la reconocibilidad. En este sentido, la STC 156/2001, en la que se afirma cómo “*“mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucede en los casos en los que mediante las mismas se invade la intimidad pero la persona no resulte identificada a través de sus rasgos físicos*”, si bien, no se “*requiere, de manera esencial e ineludible, que la persona aparezca identificable y reconocible con total claridad en*

⁴⁰ No cabe duda de que también han de considerarse actos de vulneración del derecho los señalados en los dos primeros párrafos de dicho artículo, aun cuando en estos supuestos la infracción parece producirse conjuntamente con la del derecho a la intimidad.

cuanto a los rasgos y características que configuran la integridad de su fisonomía, sino, únicamente, en la medida que permita su reconocimiento” (STS 752/1998).

Un requisito valorado por la doctrina en cuanto pudiera suponer que las actuaciones ilícitas de imitadores y dobles comprendan no sólo aquellos supuestos en los que ha existido una reproducción exacta y directa del conjunto de rasgos y circunstancias corpóreas determinantes de la individualidad del sujeto, sino también aquellos otros que permitan “*una asociación mental con un determinado individuo*”, puesto que parece que la reconocibilidad exigida está presente en ellos.

Dicho lo anterior, creo que esta exigencia puede suponer otro tipo de consecuencias, en la medida en que, si sólo hay protección cuando la imagen captada, reproducida o publicada es identificable, es posible entender que no existe un derecho, simplemente, a oponerse a tales conductas. En el fondo parece que, como se defenderá más adelante, las soluciones jurisprudenciales responden a un tipo concreto de conflictos, aquéllos en los que actuando el infractor en el ejercicio de las libertades de información y expresión, el titular del derecho puede llegar a conocer el resultado de la actividad desarrollada. Pero entiendo que las situaciones descritas – características de la primera de las excepciones dispuestas en el art. 8.2º LO 1/1982 - no agotan todas las posibilidades prácticas⁴¹. En este sentido, no hay que descuidar que, siendo titular del derecho tanto la persona pública cuanto la anónima, esta última puede ver cómo sus posibilidades prácticas de defenderse se ven reducidas, en la medida en que éstas dependerán, por expresarlo gráficamente, no de si la foto existe, sino de cómo se ha salido en ella. De esta forma cabe preguntarse cuál es la defensa civil que le cabe a la persona que, soportando unos comportamientos indeseados, ha de esperar a conocer si el resultado es el adecuado. Es una cuestión difícil, cuya solución puede suponer reconducir la protección de la imagen a través de la responsabilidad extracontractual del

⁴¹ Art. 8.2º LO 1/1982: “*En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:*

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

art. 1902 CC. Es decir, volver al punto a partir del cual la doctrina civilista procedió a la construcción de la categoría de los derechos de la personalidad.

5.2. *La dimensión positiva del derecho a la propia imagen.*

Siguiendo a la doctrina científica y jurisprudencial, la vertiente positiva del derecho supone para su titular la facultad de disponer de la propia imagen, ya sea gratuitamente, ya obteniendo beneficios. Una facultad cuyo estudio considero que exige analizar, *prima facie*, dos cuestiones diferentes: de un lado, el consentimiento del titular como forma de eliminación de la ilicitud o antijuridicidad de la intromisión, y, de otro, la posibilidad de que aquél pueda realizar auténticos actos de disposición del derecho pese a su declarada inalienabilidad.

5.3. *El consentimiento del titular del derecho a la propia imagen y su revocación*

En lo referente a la primera de las cuestiones, el art. 2.2º LO 1/1982 dispone que *“no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios”*.

Prescindiendo de la referencia a Diputados y Senadores, está claro que el consentimiento es la primera de las vías a través de la cual no será posible conceptualizar la

captación, reproducción o publicación de la imagen como una de intromisión o vulneración del derecho a la propia imagen.

En lo referente a los requisitos del consentimiento, el art. 2.2º LO 1/1982 exige que se preste de forma expresa. Cabe, por tanto, preguntarse cuál es el significado de dicha condición. En este sentido, parece lógico entender que es consentimiento expreso aquél que se presta de la misma forma, excluyéndose así los supuestos en los que procede tácitamente. Sin embargo, la doctrina considera que el requisito no resulta predicable de la forma en la que ha de tener lugar su exteriorización (escrita, verbal, e incluso tácita), sino de la voluntad que encierra. De esta forma, el consentimiento expreso es un consentimiento intencionado, inequívoco, concretamente legitimador de una específica actuación, sin que sea posible su extensión a otras. Así, no habrá posibilidad de afirmar su presencia ni en aquellos supuestos en los que proceda presuntamente, ni cuando tenga lugar genéricamente⁴².

La jurisprudencia ratifica las opiniones doctrinales, entendiendo que no es necesario su otorgamiento escrito, pudiéndose deducir de actos de inequívoca significación -STS de 25 de enero de 2002, que han de referirse a cada una de las conductas que pretende autorizar singularmente, señalando quién es el sujeto autorizado.⁴³

Una individualización que para Blasco Gascó se resume en la idea de actualidad del consentimiento, es decir, la exigencia de que venga referido a una concreta

⁴² Estas exigencias son las que pueden impedir la eficacia a los actos propios como fundamento de la licitud de la captación, reproducción o publicación, en la medida de que el consentimiento que pueden entrañar no sólo se entiende presuntamente otorgado, sino que, además, no puede tener por objeto la concreta conducta a desarrollar, sino otra ya efectuada. Es decir, no es específico.

⁴³ En este sentido, las STSS de 17 de junio de 2004, y de 9 de julio de 2004, en las que se afirma que la publicación y consiguiente difusión son enjuiciables con independencia de su captación y reproducción. De igual forma, cabría entender que el consentimiento ha de considerarse referido a la imagen real y existente en el momento en el que tiene lugar su captación, sin que aquél ampare *per se* posteriores manipulaciones o cercenamientos. Es una posibilidad que cabe inferir de las decisiones jurisprudenciales en las que entiende que hay una vulneración del derecho cuando las imágenes consentidas de un sujeto se utilizan en una información de manera que se deforma la imagen actualmente existente. Así, en la STS de 30 de noviembre de 1992, en la que se considera que el uso de la imagen de un ex-alcohólico que participa en un programa es ilícita en la medida en que no se especifica que ya está rehabilitado. Como opinión personal, no entiendo que en estos supuestos tenga lugar una vulneración de la propia imagen, sino, posiblemente, del derecho al honor. Aun así, creo que se puede establecer la vinculación entre consentimiento y fidelidad de la imagen captada, reproducida o publicada.

actuación temporalmente delimitada, sin que sea posible su extensión a otras sucesivas de la misma naturaleza y realizadas por el mismo sujeto⁴⁴. De esta forma, ante tales afirmaciones, considero que la actualidad puede guardar una cierta relación con la última característica del consentimiento: su revocabilidad.

Según el art. 2.3º LO 1/1982, el consentimiento prestado para la captación, reproducción o publicación será revocable en cualquier momento, indemnizando, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas. Partiendo de la consideración de la revocación como una declaración de voluntad negativa y recepticia, cabe analizar los requisitos que han de concurrir para que resulte eficaz. En este sentido, resulta especialmente expresiva de tales la STC 117/1994, en la que se exige que se *“habrá de acreditar alguna circunstancia, como la de proceder del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por parte de las personas a las que se dirige, [...], tener lugar en momento en que el derecho cedido todavía pueda ejercitarse, no atribuirle carácter retroactivo”*.

Al lado de los requisitos señalados, el propio art. 2.3º LO 1/1982, en lo referente al tiempo en el ha de tener lugar, afirma que puede proceder en cualquier momento. Con todo, la doctrina y la jurisprudencia consideran que es una afirmación que no puede ser entendida literalmente, y, así, se establece como condición de su eficacia el que se produzca antes de que la facultad cedida se haya ejercitado. De igual forma, la STC 117/1994, afirma que la expresión mencionada viene referida al tiempo en el que puede actuarse la facultad y no a sus efectos, negándole eficacia retroactiva.⁴⁵

Antes de analizar la naturaleza jurídica del consentimiento, es necesario hacer alusión al de los menores e incapaces. En este sentido, el art. 3 LO 1/1982 dispone, de un lado, que *“el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos*

⁴⁴ Blasco Gascó, en *“Patrimonialidad...”* (op.cit).

⁴⁵ La simplicidad del mecanismo de la revocación es sólo aparente. En este sentido, son varios los interrogantes que se pueden plantear. Así, sin ánimo de agotarlos, sería posible plantearse cuál habría de ser la respuesta a aquellos supuestos en los que la imagen fuese el objeto de una relación laboral – modelos-, cuando su titular optase por la revocación. O cuáles han de ser los criterios de determinación de la indemnización por los daños y perjuicios, incluyendo las expectativas injustificadas.

mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”, y, de otro, que en caso contrario sea su representante legal el que haya de proceder al respecto, previa puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, correspondiendo la decisión al Juez, en última instancia, si aquél se opusiera - en el plazo máximo de ocho días -. En relación a lo expuesto, son varias las observaciones que pueden efectuarse.

En primer lugar, que, tratándose de incapacitados, la intervención del representante legal parece estar circunscrita a aquellos ámbitos en los que su intervención resulte necesaria, según se disponga en la sentencia firme de incapacitación.⁴⁶

En segundo término, los problemas que puede suponer la necesaria intervención del Ministerio Fiscal, en los supuestos en los que el consentimiento haya de ser prestado por el representante legal ante la falta de madurez del titular del derecho. Unos problemas que pueden presentarse en diferentes ámbitos. Así, en primer lugar, es posible preguntarse por el valor que ha de darse al silencio del primero transcurrido el plazo de ocho días que le es concedido por la Ley, en la medida en que la intervención judicial está limitada a los supuestos de oposición a la prestación de la autorización. Es una dificultad que entiendo que puede ser resuelta desde diferentes perspectivas que conducen a resultados diversos. De esta forma, parece posible entender que, si la finalidad de la actuación del representante es la defensa del interés del representado, la presunción de buena fe en su comportamiento, obligaría a otorgar al silencio un valor positivo. Sin embargo, si se considera que lo prevalente es la seguridad en la protección del interés del menor, podría considerarse lo contrario. Una solución que parece estar avalada por el art. 4.2º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al disponer la intervención del Ministerio Fiscal cuando la difusión de información o la utilización de imágenes o del nombre de menores en los medios de comunicación sean contrarias a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes, en la medida en que puede obligar a entender que la relevancia de la protección de los menores no admite interpretaciones presuntivas

⁴⁶ En estos supuestos es necesario tener en cuenta la doble dimensión –patrimonial y moral- del derecho, de forma que las posibles limitaciones del incapacitado que afecten a la primera de las esferas no parecen resultar, *per se*, trasladables automáticamente a la segunda.

favorables a la utilización de su imagen. Todo ello sin descuidar lo perentorio del plazo señalado, si se tiene en cuenta que su finalidad no parece ser otra que la adecuada apreciación de la madurez del menor para la prestación de su consentimiento.

De otra parte, como apunta Blasco Gascó, *“conviene llamar la atención acerca de que la ley exige la concurrencia de las condiciones de madurez para consentir la intromisión, [...], en cambio, para no consentir, es decir, para negarse a prestar su imagen no precisa requisito alguno”*. Surge así un conflicto adicional en los supuestos en los que la negativa del menor concurre con el deseo de su representante legal de consentir. En opinión del autor, *“en cualquier caso, debe prevalecer la voluntad del menor o incapaz, porque el consentimiento del representante legal suple al del menor o incapaz (o concurre con él) cuando éste quiere prestar su imagen y no reúne las condiciones de madurez suficiente; pero en caso alguno suplanta tal consentimiento, ni se superpone a la negativa del menor o incapaz”*⁴⁷.

En otro orden de cosas, y retomando las cuestiones que pueden plantear los requisitos del consentimiento, es necesario tener en cuenta que para Blasco Gascó su exigencia no empece a que la falta de alguno resulte determinante de *“la nulidad del contrato, [...], sino que habrá de determinarse a través de los criterios de interpretación de los contratos así como de los criterios de integración de los mismos ex art. 1258 CC,”*, si bien esta interpretación *“debe tener carácter restrictivo y, en caso de duda, se debe interpretar a favor del titular del derecho a la imagen”*. Es decir, cabe analizar ahora uno de los problemas que se presenta en la doctrina de forma más relevante: la naturaleza jurídica del consentimiento.

5.4. La naturaleza jurídica del consentimiento

⁴⁷ Francisco de P. Blasco Gascó, en *“Patrimonialidad...”*, (op.cit). La solución aportada por el autor parece suponer una extensión del requisito de la madurez al supuesto analizado. Con todo, los problemas aludidos no son más un mero ejemplo de los que pudieran plantearse.

En lo referente a la cuestión planteada, y para centrar la cuestión, hay que señalar que la polémica gira en torno al significado de dos afirmaciones legales: la inalienabilidad del derecho (art. 1.3º LO 1/1982) y la revocabilidad del consentimiento del titular (art. 2.3º LO 1/1982). Así, en cuanto a la primera, De Verda señala que, considerando que la indisponibilidad resulta determinante de la extracomercialidad, el consentimiento del titular no puede tener una naturaleza contractual, ni dar lugar a obligaciones entre las partes, ya que todo contrato habría de ser nulo por presentar un objeto ilícito, *ex* art. 1271.1º CC. Una postura reforzada por la posibilidad de que el titular del derecho pueda revocarlo en cualquier momento, en coherencia con su configuración como un acto de libertad actual meramente excluyente de la antijuridicidad.

Frente a esta posición, otro sector doctrinal considera que es la propia ley la que permite afirmar lo contrario, en la medida en que en la Exposición de Motivos LO 1/1982, tras afirmarse el carácter inalienable, se señala que no cabe entender la disponibilidad como “*absoluta abdicación de los mismos (de los derechos) sino tan sólo (como) el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran*”. De esta forma, la inalienabilidad resultaría perfectamente compatible con la posibilidad de que el titular suscribiera contratos por los que consienta la intromisión, comerciando, o no, con su propia imagen. Unos contratos que conformarían la dimensión positiva del derecho, y en cuya virtud su titular concedería a otro, a título oneroso o no, la facultad de proceder a la captación, reproducción o publicación de su propia imagen.⁴⁸

En principio, parece posible entender que la inalienabilidad del derecho habría de suponer la negación de la naturaleza contractual del consentimiento, no sólo por las razones argumentadas, sino, también, porque la posibilidad de proceder a su revocación en cualquier momento supone, en definitiva, dejar el cumplimiento del contrato en manos de uno de los contratantes - art. 1256 CC -, sin que pueda afirmarse la existencia de obligaciones jurídicas derivadas. Ahora bien, y como mera aportación personal, cabe plantear algún apunte a favor de la segunda de las opiniones señaladas.

⁴⁸ En este sentido, Bonilla Sánchez y Blasco Gascó.

Así, en primer lugar y siguiendo a Blasco Gascó, es posible respetar la indisponibilidad del derecho afirmando al mismo tiempo la naturaleza contractual del consentimiento, si se considera que el objeto del contrato no es el derecho en sí mismo considerado, sino su contenido. De esta forma, y resultando indudable que aquél mediante el que se pretendiese la enajenación del derecho, de sus facultades o de su ejercicio habría de resultar nulo de pleno derecho⁴⁹, la inalienabilidad no sería un obstáculo a la celebración de aquéllos otros cuyo objeto sea el del derecho indisponible, la imagen propia y, supongan, concretamente, su captación, reproducción, publicación o utilización con fines comerciales. Un contrato que, resultando generador de obligaciones, bilaterales o no, se caracterizaría porque la ley afirma a favor del titular la facultad de desistir unilateralmente, es decir, la facultad *“en base a la cual cabe poner fin a la relación contractual de la que se es partícipe de modo voluntario y libre y sin necesidad de justificación alguna, requiriéndose, tan sólo y en aras de la buena fe, el preaviso pertinente y pechando, quien denuncia, con los perjuicios que tal desistimiento pueda irrogar a la contraparte”*⁵⁰. Unas consecuencias que habrán de suponer, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas injustificadas – art. 2.3º LO 1/1992 -⁵¹.

⁴⁹Rogel Vide vincula las ideas de indisponibilidad, intrasmisibilidad e irrenunciabilidad con el propio derecho, considerando que aquéllas imposibilitan actos de disposición, transmisión y abdicación que supongan bien una dejación de su titularidad, bien su extinción por la voluntad abdicativa del titular. Carlos Rogel Vide, en *“Bienes...”* (op.cit). En atención a lo dicho, cabría seguir manteniendo la extracomercialidad del derecho, tal y como sostiene de Verda.

⁵⁰ Carlos Rogel Vide, *“Derecho de obligaciones y contratos”*, Colección Jurídica General. Editorial Reus, S. A. Madrid, 2007. El reconocimiento de la facultad de desistir, en realidad, no parece que pueda ser fruto de una concesión del legislador, que se limita a reconocer lo que es inherente a un derecho que encuentra su origen en la dignidad de la persona.

⁵¹ Y en relación a tales consecuencias es donde las opiniones expuestas conducen a los resultados más dispares, porque mientras que, para la primera, los efectos de la revocación se extienden a todos los implicados, que no podrán oponer su condición de tercero al titular, la segunda considera que dichos efectos no se producen de forma absoluta.

El origen de las explicaciones de unos y otros se encuentra en la doctrina del Tribunal Constitucional que considera el carácter expansivo de la revocación, si bien no de forma absoluta; posibilidad que es valorada de forma diferentes por ambas corrientes, puesto que siendo para unos la consecuencia de la falta de prestación por la recurrente de las debidas garantías en orden al aseguramiento del pago de la indemnización procedente, para los otros constituye un argumento a favor de la contractualidad. - en este sentido, la ya mencionada STC 117/1994 -.

Con todo, no hay que descuidar la existencia de autores para los que esta dimensión patrimonial del derecho –cercana al *“Right of Publicity”*- no está regulada en la LO 1/1982, en cuanto no posee una naturaleza constitucional. En este sentido, María Eugenia Bodas Daga, *“La defensa post mortem de los derechos de la personalidad”*. Editorial Bosch, 2007.

Sólo resta añadir que, si el consentimiento tuviera un alcance contractual, se haría necesario determinar la naturaleza de los contratos que tuvieran por objeto la imagen de la persona. Así, en principio, parece que se asemejarían a las licencias de uso sobre derechos inmateriales – a modo de las existentes en el ámbito de las marcas -. Pero, es posible que, en determinadas ocasiones, la relación fuese más compleja,

En otro orden, y para concluir, que en el fondo de tales discusiones se encuentra la posibilidad de que la afirmación de la naturaleza contractual suponga la existencia de una dimensión meramente comercial de la imagen, en la que ésta aparezca como un bien integrante del patrimonio de su titular, y que, en cuanto tal, pueda ser objeto de actos de disposición *mortis causa*.⁵² Una posibilidad rechazada de plano por algunos autores, quizás, por considerarla poco coherente con la extracomercialidad de la dignidad de la persona en cuanto fundamento del derecho a la propia imagen.

En estos momentos, me veo en la necesidad de explicar por qué no he incluido dentro de los apartados relativos a los límites al derecho, aquél que parece ser el primero de todos ellos: el consentimiento de su titular. La explicación no es otro más que la consideración de que, probablemente, esto no pueda ser entendido como tal, en la medida en que parece que sólo es posible hablar de límites cuando se hace referencia a aquellas circunstancias cuya existencia, de una lado, proviene de tercero, y de otro suponen una restricción del señorío propio de aquél inevitable para su dueño. Y, en el consentimiento, ni se cumple lo uno, ni lo otro. De esta forma, he considerado más oportuno, desde el punto de vista sistemático, su inclusión en la dimensión positiva del derecho, especialmente si a lo dicho se añaden las discusiones doctrinales relativas a la naturaleza contractual o no que éste puede presentar.

5.5. Las limitaciones al derecho a la propia imagen: límites genéricos.

presentando tintes laborales – por ejemplo, el supuesto de las modelos -. Y, sin descuidar que, quizás, fuera posible la celebración de contratos que afectasen a la denominada vertiente “somática” del derecho, en la medida en que obligasen a su titular a la proyección de una imagen determinada – así, los acuerdos de imagen, por los que el sujeto se compromete a no alterarla en algún sentido -.

⁵² Así, De Verda señala que la afirmación del carácter contractual del consentimiento es propia del “*Right of Publicity*” norteamericano, por el que a su titular “*se le atribuye un derecho, de carácter patrimonial, a la comercialización, en exclusiva, de su imagen, que puede ser objeto de un contrato, en sentido estricto, y que puede, así mismo, ser deferido a sus herederos*”.

Dicho esto, y en lo concerniente a los límites del derecho, los primeros a tener en cuenta son aquéllos dispuestos en el párrafo primero del art. 8 LO 1/1982⁵³, que por razón de la generalidad con la que está redactado, permite afirmar la existencia de una categoría merecedora de la denominación utilizada en el título del epígrafe. Según el párrafo primero del precepto citado *“no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”*. Dos son, pues, las excepciones que el precepto establece: de un lado, la existencia de una autorización previa por parte de la Autoridad, y, de otro, la concurrencia en la captación de lo que puede definirse como un interés general⁵⁴

Así, en lo relativo al primero de los límites señalados, la doctrina considera que la generalidad con la que está redactado el precepto obliga a realizar una interpretación restrictiva, puesto que si para la licitud de la intromisión bastara con el cumplimiento de los requisitos del acuerdo de la Autoridad y su sujeción a las previsiones legales, se procedería a una restricción insostenible del derecho⁵⁵. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional exige, no sólo lo ya señalado, sino además que la actuación *“se revele como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleve a cabo utilizando los medio necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental”* (STC 14/2003). Es decir, que la autoridad -se entiende que administrativa - respete en su decisión tres de los criterios generales determinantes de su juridicidad: los principios de proporcionalidad, necesidad y adecuación. Puede aventurarse, como valoración, que en este sentido la doctrina expuesta no añade ninguna singularidad a los parámetros

⁵³ He prescindido de aquellas excepciones o límites que encuentran su fundamento singular en una norma legal - art. 2.2º LO 1/1982 - de las que es ejemplo LO 4/1997, que regula la utilización de videocámaras, medias técnicos análogos y cualquier sistema que permita las grabaciones de imágenes en espacios públicos y su tratamiento -, puesto que su estudio excede las posibilidades de este trabajo.

⁵⁴ Con carácter previo al análisis de cada supuesto, entiendo necesario precisar que, evidentemente, todas las excepciones previstas por el legislador orgánico tienen como fundamento común la concurrencia de un interés público, cuya prevalencia respecto del que resulta propio del titular del derecho es, precisamente, el justificante de la licitud de las actuaciones que, en otro caso, habrían de reputarse antijurídicas.

⁵⁵ En este sentido De Verda Beamonde y Blasco Gascó.

básicos que conforman el criterio condicionante de la legalidad de los actos administrativos, desde un punto de vista general.

De otro lado, resta añadir que el ámbito propio de la excepción será aquél en el que la captación, reproducción y publicación de la imagen persigue finalidades vinculadas con la seguridad ciudadana y la prevención/represión de la delincuencia - aunque pueden existir otros, como, por ejemplo, la elaboración de ese censo de ciudadanos en el que puede traducirse el DNI -, es decir, ámbitos en los que la relevancia pública del fin perseguido justifique la decisión⁵⁶.

En cuanto a la segunda excepción, como señala Blasco, es difícil precisar cuál ha de ser el significado que ha de otorgársele, en principio, porque la dicción literal del precepto no deja claro si las actuaciones que han de reputarse lícitas por razón de dicha concurrencia son parte de las que pudiera acordar la Autoridad competente, o, por el contrario, las que cualquiera pueda desarrollar. Es decir, como primer problema se plantea el de la determinación del sujeto que puede proceder lícitamente, si bien, como es lógico, los conflictos judiciales que se han planteado han tenido como protagonista al poder público⁵⁷. Todo ello, sin descuidar que la expresión “*interés histórico, científico o cultural relevante*” tampoco se ofrece clara, especialmente, si se considera posible que el sujeto que procede a fin de satisfacerlas pueda ser un particular.

Por último, creo que es necesario añadir alguna referencia a los que también podrían ser calificados como límites genéricos al derecho: los usos sociales y los propios actos. Y es que, en este sentido, puede entenderse que los márgenes dentro de los cuales es posible la lícita captación, reproducción o publicación de la imagen pueden

⁵⁶ Bonilla Sánchez señala como ejemplo de legalidad reguladora de tales actividades, la LO 4/1997, que regula la utilización de videocámaras, medios técnicos análogos y cualquier sistema que permita las grabaciones de imágenes en espacios públicos y su tratamiento.

⁵⁷ Una realidad que, como se señala más adelante, parece que no tiene por qué excluir del estudio del derecho a la propia imagen la posibilidad de que el destinatario de la norma pueda ser un particular. Con todo, si ello fuese posible y el requisito de la concurrencia de un interés de tal naturaleza se cumpliese, entiendo que la conducta de aquél también habría de reputarse lícita – sin perjuicio de que ello implicase la necesidad de delimitar el significado que habría de otorgarse en estos supuestos a los principios administrativos de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, que requeridos respecto de las actuaciones administrativas también habrían de concurrir en éstas -.

ampliarse, en la medida en que la propia Exposición de Motivos de la LO 1/1982 dispone que, *“además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas, la esfera del Honor, de la Intimidad Personal y Familiar y del uso de la Imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la Ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas”*.

En cuanto a los primeros, la doctrina entiende que su alusión no deja de resultar sorprendente. No sólo porque, de un lado, los problemas cuya resolución se pretende hubieran podido corregirse mediante el recurso a los criterios de interpretación dispuestos en el art. 3.1 CC, sino, especialmente, por la posibilidad de que su utilización pueda conducir a una fragmentación de la protección dispensada en función de lo que los usos sociales consideren apropiado según las características concurrentes en el titular. Con todo, jurisprudencialmente se entiende que los usos no pueden suponer la impunidad de aquellas actuaciones que constituyen en sí mismas infracciones del derecho, de forma que éstas habrán de ser sancionadas cualesquiera que sean los existentes el momento en que se produzcan.

En lo referente al segundo -actos propios -, tanto el Tribunal Supremo cuanto el Tribunal Constitucional han afirmado la relevancia que la actuación de la persona ha de tener en la valoración de la infracción del derecho – en los casos valorados, al honor -, entendiendo que su protección ha de venir delimitada por los propios actos en cuanto generadores de deshonor, sin que pueda asignárseles un valor absoluto – valgan como ejemplo las SSTC 50/83 y 156/2001 -.

En este sentido, y aun cuando parece lógico entender que con los actos propios la persona genera una confianza en los terceros merecedora de ser tenida en cuenta frente a las consecuencias que podrían derivarse de cambios repentinos en los comportamientos, no parece posible que tales puedan constituir un patrón inalterable que legitime para siempre determinadas intromisiones. Es decir, que, pese a la eficacia que pueda darse a los actos propios, la persona ha de conservar la potestad de modificar

los márgenes de su esfera privada derivados de su comportamiento. De esta forma, la relevancia que quepa otorgar a los propios actos no podrá suponer una renuncia a la protección, incompatible con la configuración del derecho establecida en LO 1/1982. En definitiva, el problema que plantea la posibilidad de que el derecho a la propia imagen venga delimitado en la práctica por aquéllo que quepa deducir de la conducta de la persona, guardando relación con la mayor o menor laxitud con la que haya de interpretarse los límites al derecho dispuestos en el art. 8 LO 1/1982, incide también el significado y los requisitos del consentimiento como forma de exclusión de la ilicitud. De esta forma lo aquí expuesto ha de entenderse aplicable también en este segundo ámbito.

5.6. Las limitaciones al derecho a la propia imagen: límites específicos.

Según el art. 8.2º LO 1/1982 el derecho a la propia imagen no impedirá:

“a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

Por tanto, procede analizar separadamente las excepciones establecidas, de forma que, en primer término, se sitúen los supuestos en los que la licitud de la conducta está determinada por razón de las características del sujeto y del lugar en donde las

conductas han sido realizadas, siendo necesario detenerse en el estudio, de un lado, del significado de las expresiones “*cargo público*” y “*profesión de notoriedad o proyección pública*”, y, de otro, de la localización espacial en la que la conducta puede tener lugar.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones, jurisprudencialmente se considera que es necesario realizar una interpretación amplia de la literalidad del art. 8.2º, a) LO 1/1982. Así, la STS de 12 de diciembre de 1997, en la que se afirma que los sujetos aludidos no constituyen un *numerus clausus*, en la medida en que la “*proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social...*”⁵⁸.

Como señala Blasco Gascó, puesto que el art. 8.2º LO 1/1982 refiere la notoriedad o proyección pública a la profesión y no a la persona, puede plantearse si la excepción abarca la imagen de aquéllas que, “*siendo públicamente conocidas, en realidad no ejercen cargo público ni profesión de notoriedad o proyección pública*”⁵⁹. El autor introduce con tales afirmaciones un concepto diferente, el de “*personaje público*”, con el que se hace referencia a aquellos sujetos que, sin “deberse” al cargo público como la primera, son conocidos por la generalidad de las personas como la segunda⁶⁰. Para el autor, partiendo de la laxitud con la que, en su opinión, el TC ha perfilado las mencionadas categorías, es posible que los problemas asociados a su existencia desapareciesen si en nuestro ordenamiento existiera una definición de persona pública al estilo de la contenida en la Resolución 1165 (1998) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho al respeto de la vida privada, en la que es persona pública, entre otras, “*de forma general, toda aquélla que desempeña un papel en la vida pública, bien político, económico, artístico, social, deportivo u*

⁵⁸ José Alfredo Caballero Egea, en “*Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Derecho de rectificación. Calumnia e Injuria. Síntesis y Ordenación de la Doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*”. Editorial Dickynson, 2007.

⁵⁹ Blasco Gascó, “*Patrimonialidad...*” (op.cit).

⁶⁰ Es una expresión usada por otros autores para englobar las dos categorías de sujetos enumeradas en el art. 8.2º, a) LO 1/1982. En todo caso, la literalidad de la excepción analizada podría y la exigencia de proceder a una interpretación restrictiva de toda limitación a un derecho podrían conducir a la exclusión de estos personajes del ámbito de límite dispuesto en el art. 8.2º, a) LO 1/1982.

otro”⁶¹. Se trata de un tema discutido, con múltiples facetas, como, por ejemplo, la posibilidad de que la condición sea atribuida unilateralmente por quienes informan alegando el interés general, o lo que haya de entenderse por éste en función del sector de informativo en el que tenga lugar la noticia, las opciones que en tales supuestos tiene el personaje, la relación entre el ámbito de difusión de la información y aquél en el la persona es públicaCon todo, es posible entender que, en la medida en que jurisprudencialmente se considera que la enumeración establecida en el art. 8. 2º a) LO 1/1982 es meramente enunciativa, no sería posible excluir sin más la licitud de las actuaciones señaladas cuando la imagen pertenezca a una persona pública⁶².

En lo referente a la segunda de las cuestiones, se considera que el requisito de que la imagen sea captada con motivo de un acto público o en un lugar abierto al público exige que la conducta se desarrolle en sitios de acceso público. Una condición que no sólo no se cumple cuando la captación tiene lugar dentro de aquellos lugares que estrictamente lo son - el domicilio del sujeto -, sino que tampoco se tiene por satisfecha si la misma procede en lo que se denomina “*espacio vital de la persona*”, por mucho que éste esté comprendido en un ámbito más general y abierto al público - en este sentido, la STS de 22 de marzo de 2001, en la que como tal se afirman los probadores de un centro comercial -. Con todo, hay que señalar que no se trata de una regla que conduzca a resultados uniformes en su aplicación, como pone de manifiesto el que, en determinadas ocasiones, se matice con la exigencia de que la imagen captada no resulte reveladora de aspectos de la vida privada por razón de la estructura del lugar en el que ha procedido la captación -así, la STS de 8 de julio de 2004, en la que no se considera ilícita la publicación de la imagen de un preso dentro de su celda -.

Como primera conclusión, puede señalarse que la jurisprudencia no ofrece soluciones apriorísticas a los problemas derivados de la existencia de este primer límite, en cuanto su fundamento no es otro más que la concurrencia de un interés general que prevalece respecto del titular, ya que “*se trata de la necesidad de que en una sociedad democrática pueda existir una opinión pública, libremente formada mediante el acceso*

⁶¹ En el mismo sentido, De Verda y Beamonde, “*Veinticinco años...* (op.cit).

⁶² Pudiera resultar que estos supuestos constituyesen un ámbito especialmente apto para la aplicación de la doctrina de los actos propios en la atribución a un sujeto de la condición de personaje público.

a informaciones veraces ya través del contraste de opiniones, ideas y valoraciones plurales, sobre asuntos de interés público”.⁶³ Una valoración recogida tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuanto en la del Tribunal Supremo, que, además, condicionan la licitud de la captación no sólo al cumplimiento de los requisitos señalados por la norma legal, sino a la exigencia de que la información sea de interés público y veraz. De ahí la imposibilidad de proceder a la construcción de soluciones generales, en la medida en que las tensiones entre la propia imagen y los restantes derechos y libertades constitucionalmente reconocidos –especialmente, las libertades de expresión e información- no pueden ser solucionadas afirmando la prevalencia de unos respecto de los otros, sino a través de una necesaria y casuística ponderación.⁶⁴

Con todo, como apreciación personal, creo que los problemas que se presentan pueden encontrar su explicación si se parte de que la jurisprudencia y la doctrina parecen desenvolverse en un ámbito de márgenes más estrechos que el propio del supuesto de hecho establecido por el art. 8.2º LO 1/1982. Así, si se tiene en cuenta, como señala Blasco, que este artículo no tiene como destinatarios específicos a aquéllos que captando, reproduciendo o publicando estén asimismo ejerciendo la libertad de información, es posible considerar que la excepción diseñada por el legislador orgánico es un género del que los conflictos resueltos judicialmente habrían de resultar especie. De esta forma, parece posible concluir que las conductas señaladas pueden ser llevadas a cabo por todos, siempre que concurren los restantes requisitos requeridos, y, en estos supuestos, ni tiene por qué concurrir la exigencia del interés general de la noticia, ni de su veracidad, porque, en definitiva, quien capta, reproduce, o publica no tiene por qué actuar ejerciendo dicha libertad.

Así, es posible que la casuística señalada encuentre su origen en la consideración de que los problemas que los tribunales han de resolver son otros; precisamente, los derivados de la necesidad de ampliar por exigencias del interés general los límites dentro de los cuales es posible ejercer lícitamente una libertad de información,

⁶³ De Verda y Beamonde, “*Veinticinco años...*” (op.cit). En el mismo sentido Blasco Gascó, “*Patrimonialidad...*” (op.cit.).

⁶⁴ En este sentido, el análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional que Carlos Rogel Vide lleva a cabo en “*El derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional*”, Estudios de Derecho Civil – Persona y Familia. Editorial Reus, S.A. Madrid, 2008.

imprescindible para la formación de la opinión pública. Y de ahí que lo que en determinados supuestos es posible, en otros no lo sea, ya que ello dependerá de lo que en cada caso resulte pertinente por razón de la prevalencia de unos u otros intereses.

De esta manera, a modo de resumen, es posible entender que los requisitos establecidos por el art. 8.2º, a) LO 1/1982 no pueden ser objeto de una única interpretación, en la medida en que, en ocasiones, la entrada en juego de una libertad constitucionalmente reconocida exige una labor de ponderación de los intereses en juego, que podrá conducir a una valoración más laxa del cumplimiento de los requisitos requeridos por la ley por razón de la prevalencia del interés público en juego, configurándose un límite de márgenes más amplios⁶⁵.

En estos momentos, puede resultar oportuno introducir alguna referencia a los problemas que supone la utilización con fines publicitarios o comerciales de la imagen de la persona pública lícitamente obtenida⁶⁶. En este orden, pese a la relevancia que en los últimos tiempos parece presentar esta posibilidad por razón de la frecuencia con la que se producen en la práctica, entiendo que tales actividades se justifican no por la posibilidad jurídica de ampararlas en el límite que el art. 8.2º a) dispone, sino por razón del saldo favorable que para el infractor se deriva de la relación existente entre la cuantía de la indemnización procedente y los beneficios empresariales obtenidos con la publicidad efectuada. Y es que en lo referente a su posible justificación, es necesario tener en cuenta una serie de consideraciones.

⁶⁵ Es decir, los términos utilizados para construir la excepción no pueden entenderse unívocamente, puesto que su significado habrá de variar en función de lo que se ha afirmado. Así, a modo de ejemplo, puede que un lugar público lo sea a efectos informativos, pero no en caso contrario.

En relación a lo expuesto, y siendo claro el interés general fundamentador de las excepciones basadas en el ejercicio de la libertad de información, cabe preguntarse cuál será aquél que justifica las restantes, en la medida en que la Exposición de Motivos de la LO 1/1982 parece exigirle al disponer que, *“en ocasiones, determinadas injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas por razón de la concurrencia de un interés público, supuestos que, precisamente, son los indicados en el artículo octavo de la ley”*. Así, y a beneficio de inventario, puede que en estas situaciones sea posible afirmar el cumplimiento de dicha exigencia, toda vez que el interés requerido puede concretarse en la no restricción injustificada de un principio de libertad individual, cuyo ejercicio procede en lugares públicos y respecto de sujetos que, en la medida en que también presentan dicha condición, no pueden enfrentar a tales actuaciones su pretensión de preservar su imagen del conocimiento general. Todo ello, teniendo en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite al obrar ajeno, no comprende el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato - SSTC 180/1999 y 49/2001 -.

⁶⁶ El art. 7.6º LO 1/1982 dispone la ilicitud de la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Así, en primer lugar, que los intereses generales que amparan la existencia del límite previsto en el art. 8.2º LO 1/1982 no pueden considerarse asimismo presentes en otras actuaciones distintas, de forma que la posible concatenación entre tales conductas y la utilización comercial de la imagen no permite una comunicación de la licitud de las primeras a la segunda. De otro lado, que en la medida en que no cabe adivinar la concurrencia de un interés público que fundamente la citada utilización comercial de la imagen lícitamente captada, es necesario afirmar que su única vía de justificación habrá de ser el consentimiento del titular. Un consentimiento que, como señala la doctrina, ha de proceder singularizadamente respecto de las diversas posibilidades de actuación, sin que sean posibles asentimientos ni genéricos, ni presuntos. En último término, no hay que descuidar que estamos ante un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, de forma que todo límite a su plenitud que no encuentre su razón de ser en otro derecho o libertad ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Y, todo ello, teniendo presente que es la propia ley la que proporciona la citada interpretación, en la medida en que mientras que las conductas ilícitas señaladas en el art. 7.5º se encuentran limitadas por las actuaciones del 8.2º - al que el legislador se remite expresamente -, esta remisión no se contempla tratándose de las señaladas en el párrafo siguiente del art. 7, es decir, tratándose de la utilización comercial de la voz, el nombre y la propia imagen⁶⁷.

Así las cosas, éste puede ser el escenario en el que han de situarse las restantes excepciones contenidas en el art. 8 LO 1/1982: de un lado, la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social, y, de otro, la licitud de la captación si es accesoría.

En lo referente a la primera, dos parecen ser los ejes en torno a los cuales se construye el límite. De un lado, lo que haya de entenderse por aquélla, y, de otro, el sustrato del que dependerá la ilicitud, que vendrá definido por lo que los usos sociales consideren oportuno en cada momento,

⁶⁷ De Verda y Beamonde, en “*Veinticinco años...*” (op.cit). El autor considera que el uso de dobles con fines publicitarios también ha de incluirse en los supuestos de utilización ilícita si es inconsentida, salvo que se trate de parodias que cumplan los requisitos de las caricaturas.

En cuanto al concepto de caricatura, jurisprudencialmente se entiende por tal no sólo “*el dibujo satírico en que se deformen las facciones y el aspecto de una persona*” – acepción extraída del Diccionario de la Lengua de la Real Academia –, sino aquellas otras expresiones artísticas que, cumpliendo el requisito de la deformación, o exageración, no sean dibujos, como los fotomontajes, las composiciones, e incluso, siguiendo a De Verda, las marionetas⁶⁸. No habrá, pues, caricatura sin deformación, que se configura como la característica definitoria de aquélla.

Ahora bien, dicho esto, es necesario señalar que la deformación no puede proceder a cualquier fin, sino que su lícita existencia se funda en el ejercicio de la libertad de expresión, en la medida en que tanto el Tribunal Constitucional, cuanto el Tribunal Supremo consideran que su función ha de ser la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamiento y opiniones - STC 99/2002 -, que, enmarcados dentro de la libertad mencionada, posibiliten “*tanto la crítica política y social, como el desarrollo de la personalidad, jugando un papel fundamental en la formación de la opinión pública, entendida como la suma de los plurales y diversos puntos de vista que existen y se exteriorizan en una sociedad sobre cualquier tema*” - STS de 9 de julio de 2004 -. Una libertad de expresión que, para la doctrina, resulta determinante de una condición adicional, derivada del significado que se le reconoce en la doctrina del Tribunal Constitucional: la exigencia de que con ella no se persiga, exclusiva o principalmente, la explotación mercantil de la notoriedad de un personaje público, puesto que “*a través de la caricatura, se ejercita la libertad de expresión, que contribuye a la formación de una opinión pública libre, por lo que, desde el punto de vista del interés, general, no se puede decir que se trate de una actividad puramente comercial*”, aun cuando “*la publicación de una caricatura en un periódico o revista no está totalmente desligada de una finalidad económica, ya que los periódicos y revistas se editan para ser vendidos*”.⁶⁹

⁶⁸ El autor mencionado también incluye en la categoría las imitaciones de personajes público con fines humorísticos, con las se logra una identificación de éste, siempre que “*no induzcan a confusión, en el sentido de que quien las contemple sea consciente de que se trata de una parodia de un personaje famoso*”. De Verda y Beamonde, en “*Veinticinco años...*”, (op.cit).

⁶⁹ De Verda y Beamonde, “*Veinticinco años...* (op.cit).g

En cuanto a la segunda de las condiciones de la licitud de la caricatura - los usos sociales -, parece posible reproducir lo ya dicho con anterioridad, si bien pudiera entenderse que su afirmación expresa como fundamento de aquélla- que no se reproduce en otras excepciones – parece dotarles de una mayor relevancia que en otros supuestos⁷⁰. Como última reflexión, hay que tener en cuenta que es posible que por razón de los usos sociales las caricaturas supongan no una vulneración de la propia imagen, sino del derecho al honor, en la medida en que lo reflejado suponga una vejación o menoscabo del buen nombre del que la sufre. Por tanto, deslindar los supuestos en lo que se produce una conculcación independiente de ambos derechos plantea innegables dificultades, si bien entiendo que el criterio a seguir es el que el Tribunal Constitucional ha utilizado, de un lado, para afirmar la autonomía del derecho, y, de otro, para definir el objeto protegido. Así, habrá una lesión autónoma de la propia imagen cuando mediante la caricatura se distorsione más allá de los límites que la libertad de expresión y los usos sociales permitan el aspecto físico del sujeto caricaturizado sin que ello suponga un menoscabo de su reputación o fama.

La última de las consideraciones que han de tenerse en cuenta, no sólo al analizar la excepción que supone el ejercicio de la libertad de expresión mediante la caricatura, sino de forma conjunta respecto de la dispuesta por el art. 8.2 a) LO 1/1982, es que éstas “*no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza*”.

En este sentido, lo primero que hay que tener en cuenta es que estamos ante una excepción a las anteriormente analizadas, cuya redacción, como es usual, resulta excesivamente genérica. De esta forma, lo que haya de entenderse por “*funciones que por su naturaleza necesiten del anonimato de la persona que las ejerza*” requerirá de una concreción según la normativa propia del cargo del que resulte predicable la necesidad aludida. Pese a ello, y en lo referente a las consecuencias para el sujeto que

⁷⁰ Lo dicho supone, consecuentemente, entender que los usos sociales pueden actuar como un límite a la libertad de expresión, una posibilidad inaceptable en la medida en que lo dispuesto por el constituyente no puede verse condicionado por lo querido por el legislador. Por ello parece necesario afirmar que la entrada en juego de aquéllos sólo podrá proceder cuando existan dudas sobre la posibilidad de amparar la caricatura en dicha libertad constitucional.

capta, reproduce o publica, creo que el precepto puede ser analizado en dos planos diferentes, según que aquél conozca o no el anonimato que se entiende imprescindible.

Así, en la segunda de las situaciones, siendo la conducta ilícita, puede ser posible que para al sujeto que lleva a cabo la intromisión no puedan exigírsele las responsabilidades pecuniarias asociadas, en la medida en que su actuación, en un primer momento, se desarrolla dentro de los cauces señalados para su licitud por el art. 8.2º a) LO 1/1982. De forma que aun cuando las mencionadas responsabilidades tengan una naturaleza objetiva, esta peculiaridad parece exigir un cierto grado de culpa en el sujeto, puesto que el fundamento de la excepción no parece radicar en el propio derecho, sino en la seguridad de la persona. Es decir, la excepción no tendría por fin salvaguardar la dignidad del sujeto, de manera que la conducta, lícita en sí misma, no puede suponer una afectación de los bienes derivados de ella, ni de los derechos que los protegen. Por todo ello, parece posible entender que la atribución de responsabilidad por razón de la vulneración de la seguridad requiere, cuando menos, un cierto ánimo en su existencia que no puede apreciarse en este supuesto, ni siquiera considerándolo como expresión de la falta de una debida diligencia.

De esta forma, la primera de las posibilidades parece solucionarse, ya que al situarnos en el extremo opuesto habría de afirmarse todo lo contrario. Sin embargo, considerando que en este supuesto el bien vulnerado tampoco es la propia imagen, puede que las responsabilidades no puedan afirmarse tan fácilmente, siendo necesario entender que, quizás, éstas hayan de producirse en otra sede⁷¹ -como pudiera ser la penal -. Se trata de una cuestión que considero que, posiblemente, se sitúa fuera de la protección de la propia imagen, tanto en su dimensión moral cuanto en la patrimonial.

El último de los límites señalados en el art. 8.2º LO 1/1982, dispone la licitud de la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Así, el marco en donde se ha

⁷¹ En este sentido, cabría valorar las consecuencias que para la licitud de la conducta habría de suponer el consentimiento del sujeto cuyo anonimato se considera necesario, de forma que, *prima facie*, no parece que éste haya de resultar determinante de la desaparición de la excepción analizada. Con ello quiere significarse que mientras que los límites del art. 8.2º a) LO 1/1982 lo son a la exigencia general que supedita la juridicidad de la captación, reproducción o publicación al efectivo consentimiento, el anonimato de la persona y su seguridad podrían impedir la eficacia del prestado por el necesitado del mismo.

de desenvolverse la conducta lícita está delimitado, de un lado, por la exigencia de que aquélla tenga lugar en el ejercicio de la libertad de información, y, de otro, por la de que la representación de la imagen cumpla el requisito de la accesoriedad.

Dejando a un lado el primero de los requisitos, en la medida en que la determinación de su significado no ha de ser otro más que el que resulte de la doctrina del Tribunal Constitucional, en lo referente a la segunda de las exigencias, siguiendo a Blasco Gascó, la relación principal-accesorio puede referirse a dos pares de elementos diferentes. Y, así, aquélla puede plantearse, de un lado, entre la noticia y la fotografía, y, de otro, entre esta última y la imagen del sujeto que se contiene en ella. En este sentido, la jurisprudencia, considerando que el fundamento de la excepción no es otro que la prevalencia de la libertad de información respecto del derecho, ha concluido que la accesoriedad legitimadora de la representación es la correspondiente a la primera de las señaladas - noticia-fotografía-, de forma que, para que quepa apreciar el cumplimiento del requisito, es necesario que la imagen reproducida gráficamente no resulte indispensable para la primera, es decir, que exista entre ambas una relación de subordinación en cuya virtud la no inclusión de la segunda carezca de trascendencia para la información. Una subordinación cuya valoración no puede ser realizada apriorísticamente, sino que habrá de apreciarse según las circunstancias concurrentes en el caso concreto, ponderando los intereses, derechos y libertades en juego.

Dicho esto, y no siendo, por tanto, posible consignar una regla general en la determinación de la accesoriedad, creo necesario traer a colación una de las sentencias que el autor citado maneja para ilustrar la casuística existente. Así, la STC 72/2007, en la que resolviéndose el requisito de la necesidad de anonimato del recurrente como factor determinante de la ilicitud de la reproducción gráfica, se incluye un voto particular de Don Roberto García-Calvo y Montiel en el que se produce una inflexión en la apreciación de la accesoriedad de la imagen, acercándola a la segunda de las posibilidades apuntadas.

En este sentido, se señala cómo la imagen objeto del litigio no aparece en la fotografía *“accidentalmente, ni tampoco de modo marginal, colateral, accesorio o secundario. Por el contrario, la imagen de la demandante está situada en el primer plano de la fotografía, ocupando la mayor parte del espacio disponible y constituyendo*

el principal y casi exclusivo centro de atención”, de forma que “qué necesidad existía de afectar tan gravemente el derecho a la propia imagen de la demandante, ni qué merma habría sufrido el derecho a la libertad de información sino se hubiera comprometido tan gravemente su imagen, [...]. La publicación de la imagen de la demandante en la forma en que se hizo no se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, ni como proporcionada para lograrlo”. De esta forma, ya no se trata sólo de que la noticia sea lo principal, sino también de que la imagen representada en la fotografía no lo sea respecto de ésta considerada singularmente. Una condición que habrá de determinarse teniendo en cuenta tanto la composición de aquélla, cuanto el tratamiento que reciba dentro de la estructura general de la noticia.

6. LA PROTECCIÓN POST MORTEM DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

Aun cuando cabría entender que siendo el derecho la propia imagen un derecho inherente y derivado de la persona su existencia habría de estar determinada por la de ésta, los arts. 4, 5 y 6 LO 1/1982 regulan su defensa más allá de la muerte⁷².

⁷² Art. 4: “Uno: El ejercicio de las acciones de Protección Civil del Honor, la Intimidad o la Imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

Dos: No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

Tres: A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.”

Art. 5: “Uno: Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la Protección de los Derechos del fallecido.

Dos: La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento”.

Art. 6: “Uno: Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta Ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo sexto”.

Dos: Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

En cuanto al régimen previsto para esta defensa *post mortem*, la ley regula dos supuestos diferentes, en función de que la intromisión se haya cometido antes o después del fallecimiento del titular del derecho. Así, en el primero de los supuestos, el art. 6 LO 1/1982, distingue a su vez entre los supuestos en los que el titular no puede por razón del fallecimiento ejercitar las acciones previstas – en el que la legitimación correspondiente se atribuye, por remisión, a los sujetos señalados en el art. 4 LO 1/1982 –, y aquellos otros en los que se dispone la pertinente sucesión procesal en la acción ya emprendida por el titular fallecido con anterioridad a la finalización del proceso⁷³.

En cuanto al segundo, se hace necesario diferenciar entre los casos en los que el titular hubiese señalado a quién ha de corresponder el ejercicio de las acciones – pudiendo serlo una persona jurídica –, y aquellos otros en los que, en primer término, estarán legitimados, simultáneamente, el cónyuge supérstite, los descendientes, ascendientes y hermanos que vivieren en el momento del fallecimiento, de forma que cualquiera de ellos podrá emprender la acción pertinente. A falta de tales sujetos, será el Ministerio Fiscal quien haya de ejercitarlas dentro del plazo de los ochenta años posteriores a la muerte.

Señalado el régimen establecido para la protección *post mortem* del derecho, y como consideración personal, puede decirse que su simplicidad puede ser sólo aparente, en la medida en que entiendo que plantea una serie de problemas derivados, básicamente, de la consideración de que el fallecimiento del titular ha de suponer una restricción del contenido del derecho, tal y como se ha expuesto. Y es que, en este sentido, es necesario tener en cuenta que, como señala el Tribunal Constitucional, extinguida la personalidad por la muerte del sujeto “*lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional*”, siendo necesario diferenciar entre el derecho de tal condición, que equivale a la facultad de excluir cualquier tipo de intromisión, y el de los herederos a disponer de la imagen del fallecido y a su eventual explotación económica, que presenta una naturaleza legal y un contenido patrimonial –

⁷³Art. 16 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil “*1. Cuando se transmita mortis causa lo que es objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos*”.

STC 231/1988 -. Así, la muerte ha de suponer que la denominada vertiente negativa no puede considerarse subsistente, permaneciendo, sólo, la dimensión positiva.

Ahora bien, parece que tal afirmación, sin embargo, no puede entenderse equivalente a la imposibilidad de que la utilización por terceros de la imagen del fallecido pueda suponer un daño moral para los sucesores, en la medida en que el art. 9.4º LO 1/1982⁷⁴ dispone que la indemnización que fuere procedente a tales efectos corresponderá a las personas a las que se refiere el art. 4.2º, y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. Unos daños que la doctrina considera que proceden por razón de la incidencia que la vulneración de la memoria o el recuerdo del fallecido a través de la imagen pueda suponer para la familia o los herederos.⁷⁵

Así, en atención a lo dicho, la regulación de la protección post mortem de la imagen plantea una serie de interrogantes que considero que han de apuntarse aun cuando su análisis exceda del objeto del presente trabajo, y teniendo en cuenta que todo lo que pudiera decirse a continuación lo es a beneficio de inventario. Así, es posible preguntarse cuáles son los daños morales antes mencionados, si el Tribunal Constitucional considera que la muerte es determinante, precisamente, de aquella dimensión del derecho de la que resultan propios. Es decir, cabe preguntarse si aquéllos, en realidad, no provendrán de la afectación que para la intimidad o el honor de los sucesores ha supuesto la utilización de la imagen del fallecido, de forma que este uso no tenga a la imagen como fin, sino como medio.

De otra parte, también sería posible considerar hasta qué punto no es necesario entender que la interpretación constitucional del régimen expuesto no implique la existencia en nuestro ordenamiento de un *right of publicity* al estilo norteamericano, en la medida en que la extinción de la vertiente negativa suponga, en el fondo, una

⁷⁴ Art. 9.4º LO 1/1982: “El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado”.

⁷⁵ En este sentido, por ejemplo, María Elena Cobas Cobiella, “Protección Post Mortem de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema” en “Veinticinco años...,” (op.cit). Asimismo, hay que señalar que el importe de las indemnizaciones que pudieran reconocerse por razón de las acciones ejercitadas en vida del titular cuando éste fallece antes de la declaración judicial de la intromisión forman parte de la herencia del fallecido.

limitación de las actuaciones de los sujetos legitimados a aquellos casos en los que lo que se produce es una utilización comercial de la imagen. En este sentido, desde el punto de vista de la autonomía del derecho, puede que tal interpretación sea posible en la medida en que la desaparición de la vertiente negativa del derecho parece suponer la limitación de las actuaciones de exclusión de los sucesores a aquéllas en las que necesariamente concurra una afectación patrimonial, puesto que, en caso contrario, nos situaríamos en el ámbito propio de la primera. Una posibilidad que, tal vez, encuentre su fundamento en el mencionado art. 9.4º LO 1/1982, puesto que éste, al no disponer a quiénes ha de corresponder la indemnización por tales daños, permite entender que habrá de corresponder a aquél al que atribuyó el ejercicio de las acciones de protección, posibilitando la configuración del derecho como un bien integrante del patrimonio del causante – quizás, a modo de los derechos de autor -⁷⁶. Pero, quizás, para concluir con lo que no se pretende más que como una mera ejemplificación de la complejidad de dicha regulación, uno de los problemas más relevantes sea el concerniente al porqué de la imposibilidad de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, si se tiene en cuenta, como apunta Pardo Falcón, que sea cual sea la naturaleza del daño efectivamente presente, su presupuesto no es otro más que la previa existencia de una infracción del derecho, cuya valoración corresponde, en última instancia, a dicho Tribunal⁷⁷.

7. BREVE REFERENCIA A LAS ACCIONES DE DEFENSA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN PREVISTAS EN LA LO 1/1982 Y A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS INTROMISIONES.

⁷⁶ Una interpretación que, en definitiva, supondría para el titular la posibilidad de disponer de la vertiente positiva del derecho testamentariamente a favor de quien quisiese. Coherentemente, los daños morales inherentes a la utilización in consentida de la imagen no podrían formar parte de dicha atribución, puesto que el bien vulnerado no habría de ser la imagen del fallecido, sino el honor o la intimidad de los sucesores, a quienes corresponderían las indemnizaciones oportunas, y quienes, en definitiva, podrían emprender las acciones pertinentes en contra de las decisiones del favorecido testamentariamente al actuar en defensa de un derecho propio.

⁷⁷ Javier Pardo Falcón, en “*La dimensión...*” (op.cit).

La afirmación del derecho a la propia imagen como derecho fundamental supone para su titular la posibilidad de recabar su tutela ante *“los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y su seriedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”* (art. 53.2º CE). Una tutela que *“comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados”* (art. 9.2º LO 1/1982).

Prescindiendo tanto de este último, cuanto de los aspectos puramente procesales, dos son las cuestiones especialmente relevantes: de un lado, la caducidad de la acción, y, de otro, la reparación del daño. En cuanto a la primera, el art. 9.5º LO 1/1982 señala que *“las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas”*. De esta forma, y en cuanto a su cómputo, en aplicación del art. 5 CC, tendrá lugar de fecha a fecha, sin excluir los días inhábiles, teniendo en cuenta que, jurisprudencialmente, se considera que el ejercicio de la acción penal que pudiera proceder no supone la suspensión del plazo de caducidad señalado.

En lo relativo a la reparación del daño, la LO 1/1982 prevé, de un lado, la posibilidad de limitar su gravedad mediante la adopción de las pertinentes medidas cautelares –entre las que resultan cada vez más frecuentes la suspensión de los contenidos de páginas web-, y, de otro, una alteración de la carga de la prueba, ya que la existencia de aquél se presume - art. 9.3º LO 1/1982 -. Con todo, hay que tener en cuenta que se trata de una presunción *iuris et de iure* que sólo es predicable del daño moral, ya que el perjuicio material no está exento de acreditación.

Asimismo, en lo referente a la cuantía de la pertinente indemnización, según el artículo citado *“se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo*

que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.” Unos criterios de valoración que serán los que habrán de ponderarse, asimismo, para valorar la responsabilidad civil derivada del ilícito penal.

Como consideración final, en lo referente al significado de los daños resultantes de la vulneración del derecho, siguiendo a Blasco Gascó y en una primera aproximación, puede decirse que los morales habrían de ser aquéllos equivalentes a la afectación de la psique del titular del derecho como consecuencia de la incidencia que en ella tiene la captación, reproducción, publicación o utilización no consentida de su imagen. De esta manera, el daño patrimonial, claramente deslindado del anterior, equivaldría a la pérdida económica que tales conductas han supuesto para aquél, ya por razón de lo que no se ha ganado – daño emergente -, ya por lo que puede dejarse de ganar – lucro cesante -. Como consecuencia, correspondiendo a la jurisdicción ordinaria la protección de la imagen en ambos supuestos - mediante las pertinentes indemnizaciones -, sólo cabría acudir al Tribunal Constitucional cuando el resarcimiento del primero no hubiera tenido lugar en el ámbito de aquélla. Algo congruente con el mayor valor que parece asignarse a un daño que se vincula de forma más directa, más pura, con el fundamento mismo del derecho.

Ahora bien, la definición propuesta es posible que pueda plantear un inconveniente, en la medida en que pueda excluir la posibilidad de obtener un resarcimiento en aquellos supuestos en los que, no presentando la intromisión un alcance patrimonial, pueda acreditarse que no ha existido una efectiva afectación psicológica - daño moral. Y, todo ello, porque, aun cuando la ley presume la existencia de un perjuicio – art. 9.3º LO 1/1982 –, parece que dicha presunción, ya que nada se dice al respecto, ha de ser *iuris tantum*, - interpretación que parece avalada por la propia redacción del precepto, al disponer que dicho daño es uno de aquellos factores a tener en cuenta a la hora de concretar la cuantía de la pertinente indemnización -.

Así las cosas parece necesario proporcionar a la dimensión negativa del derecho otro significado que elimine las consecuencias señaladas mediante un concepto de daño

que garantice la defensa del derecho en toda circunstancia. En este sentido, quizás sea posible entender que ese daño no es otro más que el que se deriva de la mera utilización de la imagen sin contar con la voluntad de su titular. Un daño que aparecerá siempre que se prescinda del consentimiento de la persona, permitiéndose de esta forma afirmar que la presunción aludida ha de ser calificada como *iuris et de iure*.

De esta forma, puede que la eficacia del derecho se vea dotada de una naturaleza objetiva, en coherencia con la fundamentación de su existencia en un valor cuya protección no parece que haya de limitarse más que por aquellos márgenes que resulten de la concurrencia de otros de la misma relevancia.